الدكتور

أسامة أبو الحسن مجاهد

مدرس القانون المدنى

بكلية الحقوق - جامعة حلوان

الوجيز

فى

الأحوال الشخصية للمصريين غير المسلمين

١٩٩٧

الناشر

دار الكتب القانونية

المحلة الكبرى - السبع بنات

٢٤ ش عدلى يكن

بسم الله الرحمن الرحيم

شرع لكم من الدين ماوصى به نوحا والذي أوحينا إليك

وما وصينا به إبراهيم وموسى وعيسى

(الشورى ١٣)

مقدمة

بسم الله الرحمن الرحيم

والصلاة والسلام على سيدنا محمد خاتم الأنبياء والمرسلين

وبعد

عندما أسعدنى الحظ بالقاء دروس مادة الأحوال الشخصية لغير المسلمين على طلبة الفرقة الثانية بكلية الحقوق فى العام الدراسى ١٩٩٧/٩٦، فقد دار بخاطرى أن أعد مجموعة من المحاضرات المبسطة ذات الطابع الدراسى ولكن التعمق فى قراءة المؤلفات السابقة فى هذا الموضوع قد جذب انتباهى الى الطابع المتميز له.

فبعد صدور القانونين ٤٦١ ، ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥ واللذان ترتب عليهما توحيد جهات التقاضى فى مسائل الأحوال الشخصية بحيث تختص بنظرها المحاكم الوطنية بالنسبة لجميع المصريين بغض النظر عن ديانتهم وإلغاء جهات القضاء الطائفية ، إجتهد الفقه والقضاء لمواجهة هذا الوضع الجديد ، فقد عرضت العديد من المشاكل العملية التى تعددت فيها آراء الفقه والقضاء وغالبا ماكان يحسم الخلاف بصدور حكم لمحكمة النقض التى لم يقتصر دورها على مجرد مراقبة صحة تطبيق القانون وتوحيد تفسيره بل إنها قد ابتدعت العديد من المبادئ والنظريات فى هذا المجال.

وهكذا سار الأمر .... فقه غزير .... وقضاء خلاق .... حتى استقرت أغلب المبادئ فى هذا الموضوع الهام ، وهكذا وجدت انه لا مفر من التعمق بعض الشئ فى مسائل الأحوال الشخصية لغير المسلمين ، وخاصة

فيما يتعلق بالنظرية العامة لتحديد القانون واجب التطبيق على هذه المسائل وقد راعيت أثناء هذا العمل عدة اعتبارات:

الأول : الاهتمام بالناحية العملية وذلك بالتركيز على شريعة طائفة الأقباط الأرثوذكس التى تضم الجانب الأكبر من المسيحيين فى مصر ثم شريعتى المذهبين الكاثوليكى والبروتستانتى.

الثانى : إضفاء الحداثة على هذا المؤلف وذلك بالرجوع لأحدث احكام محكمة النقض المصرية المنشورة وغير المنشورة فى مسائل الأحوال الشخصية لغير المسلمين حتى نهاية عام ١٩٩٦.

الثالث: البعد قدر الإمكان عن الإسهاب والإستطراد والتركيز على القواعد الكلية والمبادئ العامة اعتمادا على امكانية رجوع الباحث الى المزيد من التفاصيل فى المراجع العديدة لكبار فقهائنا والتى رجعت للعديد منها فى هذه الدراسة.

والله هو الموفق

تمهيد

القاعدة العامة فى العصر الحالى هى خضوع جميع المقيمين على أقليم الدولة – وطنيين وأجانب– لقانون هذه الدولة ومحاكمها مع وجود بعض الاستثناءات التى لا تمثل فى الوقت الحالى اى انتقاص من سيادة الدولة طالما ان هذه الاستثناءات نابعة من بعض اعتبارات المنطق والملاءمة ومقتضيات التعاون بين الدول وطالما انها تخضع لقاعدة المعاملة بالمثل بين الدول. (١)

أما فى الماضى فقد عانت مصر كثير من مشكلة التعدد القضائى والتشريعى نتيجة لوجود الامتيازات التى نشأت فى ظل السيادة العثمانية على مصر والتى أدت الى عدم خضوع الأجانب بصفة عامة للقانون المصرى والمحاكم المصرية حتى انتهى هذا الوضع الشاذ بموجب اتفاقية مونتريه التى استردت مصر بمقتضاها سيادتها التشريعية فورا وسيادتها القضائية بعد فترة انتقالية مدتها اثنا عشر عاما. (٢)

وهكذا نصت المادة ١٢ من قانون نظام القضاء رقم ١٤٧ لسنة ١٩٤٩ على ان "تختص المحاكم بالفصل فى جميع المنازعات وفى المواد المدنية والتجارية وفى جميع الجرائم إلا ما استثنى بنص خاص. كذلك تختص

---

(١) راجع تفصيلا فى نطاق تطبيق القانون من حيث المكان : محمد لبيب شنب – المدخل لدراسة القانون ١٩٩٥ ص٢١٧ وما بعدها – نعمان جمعة – المدخل للعلوم القانونية ١٩٧٧ ص ٢٣١ وما بعدها ، نزيه صادق المهدى – المدخل لدراسة القانون الجزء الأول – نظرية القانون ١٩٩٢ ص ١٨٧ وما بعدها ، جلال إبراهيم – المدخل لدراسة القانون – نظرية القانون – ١٩٩٦ ص ٤٣٣ وما بعدها ، ومن أمثلة هذه الاستثناءات استبعاد القانون الوطنى من حكم علاقات الأسرة الخاصة بالأجانب واخضاع هذه العلاقات لقانونهم الخاص ، واعفاء الدبلوماسيين الأجانب من الخضوع لبعض القوانين أو ما يسمى بالحصانة الدبلوماسية.

(٢) راجع تفصيلا التطور التاريخى لمشكلة التعدد التشريعى والقضائى فى مصر : جلال إبراهيم – السابق ص ٤٣٧ وما بعدها والمراجع التى أشار إليها.

المحاكم بالنسبة الى غير المصريين بالفصل فى المنازعات فى المسائل المتعلقة بالأحوال الشخصية".

ويتضح من هذا النص أن السيادة التشريعية والقضائية لمصر لم تعد مشوبة باى نقص بالنسبة للأجانب أما بالنسبة للمصريين فقد كان الوضع بالنسبة لهم فى مسائل الأحوال الشخصية خارجا عن المألوف فى المجتمعات المعاصرة حيث ظل التعدد التشريعى والقضائى قائما بالنسبة لهم بحيث يتم الفصل فى هذه المسائل وفقا للتشريعات الدينية المختلفة ويختص بنظر المنازعات شأنها جهات قضائية مختلفة هى المحاكم الشرعية للمسلمين والمجالس الملية للمسيحيين والمحاكم الشرعية لليهود.[٣]

وهكذا كانت كل جهة من هذه الجهات تفصل فى النزاع وفقا للشريعة الخاصة بكل ديانة والأكثر من ذلك أنه بالنسبة للمسيحيين على سبيل المثال فقد كان لكل طائفة من طوائفهم مجلسها الملى الذى يفصل فى المنازعات وفقا لشريعة هذه الطائفة دون غيرها من الطوائف ، وكان هذا الوضع شاذا ، إذ كان ينطوى أولا على اعتداء على السيادة القومية للبلاد كما أنه كان ينطوى من ناحية أخرى على اجحاف واضرار بالمتنازعين المصريين فقد كانت هناك بحق فوضى قضائية فى مجال الأحوال الشخصية.[٤]

---

(٣) راجع: توفيق فرج - احكام الأحوال الشخصية لغير المسلمين من المصريين - الطبعة الثالثة ١٩٦٩ ص١٠.

(٤) راجع: حسام الاهوانى - شرح مبادئ الأحوال الشخصية للمسيحيين المصريين ١٩٩٣ ص٨ ، وقد عبرت المذكرة الأيضاحية للقانون رقم ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥ عن مساوئ هذا الوضع فجاء بها "تقضى قواعد القانون العام أن تكون سيادة الدولة تامة ومطلقة داخل بلادها كما تقضى بان يخضع جميع السكان على أختلاف جنسياتهم لقوانين البلاد ومحاكمها ولجهة قضائية واحدة بصرف النظر عن نوع المسائل التى تتناولها خصوماتهم أو القوانين التى تنطبق عليهم. ولكن الحال فى مصر على عكس ذلك فجهات القضاء فى مسائل الأحوال الشخصية بالنسبة للمصريين أنفسهم بقيت متعددة وكل جهة تطبق-

توحيد جهات التقاضى فى مسائل الأحوال الشخصية:

وقد قضى المشرع المصرى على تعدد جهات التقاضى فى مسائل الأحوال الشخصية فصدر القانون رقم ٤٦١ لسنة ١٩٥٥ والذى نصت المادة الأولى منه على أن يستبدل بنص المادة ١٢ من قانون نظام القضاء رقم ١٤٧ لسنة ١٩٤٩ النص الآتى: "تختص المحاكم بالفصل فى كافة المنازعات فى المواد المدنية والتجارية والأحوال الشخصية والوقف والولاية عليه وجميع الجرائم الا ما استثنى بنص خاص". (٥)

=قوانينها وتتبع إجراءتها الخاصة بغير أن يكون هنالك صلة تربطها أو هيئة عليا تشرف على قضائها ، رغم أن الدولة قد استردت سلطاتها القضائى بالنسبة للأجانب فأصبحت المحاكم الوطنية هى التى تقضى فى منازعاتهم حتى ما تعلق منها بأحوالهم الشخصية.

ولقد ورثت مصر تعدد جهات القضاء فى مسائل الأحوال الشخصية عن الماضى فقامت المحاكم الشرعية وقام الى جانبها القضاء الملى ثم تعددت جهات القضاء الملى فأصبح لكل طائفة قضاؤها الخاص وقوانينها الموضوعية الخاصة وإجراءاتها الخاصة مما أدى الى الفوضى والإضرار بالمتقاضين حيث استتبع تعدد جهات القضاء رغبة كل جهة فى توسيع دائرة إختصاصها والإعتداء على سلطة غيرها خصوصا مع عدم وجود حدود دقيقة أو ثابتة لإختصاص كل منها .... وقد استتبع هذا .... تنازع المحاكم بينها وتعدد الأحكام التى تصدر فى النزاع الواحد وبقى المتقاضون يستعدون محكمة على أخرى وظل مصير الحقوق رهينا بهوى الظروف ....

وليس يتفق مع السيادة القومية فى شئ أن تصدر أحكام فى الصق المسائل بذات الإنسان من جهات قضائية غير مسئولة ولا مختارة من جانب الحكومة وأن تكون تلك الجهات خاضعة لهيئات أجنبية تباشر أعمالها خارج حدود البلاد .... وأن يلى القضاء فى بعض المجالس الطائفية أجانب لا يعرفون لغة المتقاضين ويصدرون أحكامهم بين المصريين بلغة غير لغتهم.

ولم يقف الأمر عند هذا الحد فقد أستفاضت الشكوى من حال قضاء الأحوال الشخصية وندد بها المتقاضون منوهين بوجه خاص بانتفاء الحد الأدنى من عوامل التيسير وضمانات التقاضى .... والقواعد التى تطبقها أكثر المجالس فيما يطرح عليها من الأقضية غير مدونة .... والقواعد المتعلقة بتشكيل المحاكم الطائفية وإجراءات الترافع ونظر الدعاوى وتحرير الأحكام وطرق الطعن فيها لا تنظمها وحدة ولا يتوفر لها الاستقرار .... وليس لأكثر هذه المجالس أقلام كتاب منظمة تعينها على أداء مهمتها".

(٥) ونصت المادة الثانية منه على الغاء المادة ١٦ من قانون نظام القضاء والتى كانت تنص على أنه "لا تختص المحاكم بنظر المنازعات والمسائل المتعلقة بانشاء الوقف أو بصحته أو بالاستحقاق فيه أو بتفسير شروطه أو بالولاية عليه أو بحصوله فى مرض=

كما صدر القانون رقم ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥ والذى نص فى مادته الأولى على أن "تلغى المحاكم الشرعية والمحاكم الملية ابتداء من أول يناير ١٩٥٦ وتحال الدعاوى المنظورة أمامها لغاية ٣١ ديسمبر ١٩٥٥ إلى المحاكم الوطنية لاستمرار النظر فيها وفقا لأحكام قانون المرافعات وبدون رسوم جديدة" كما نصت المادة ٣ منه على أن "ترفع الدعاوى التى كانت من إختصاص المحاكم الشرعية أو التى كانت من إختصاص المجالس الملية الى المحاكم الوطنية ابتداء من أول يناير ١٩٥٦" (٦)

وبصدور القانون ٤٦١ ، ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥ تحقق للمحاكم العادية السلطان الكامل فى نظر جميع المنازعات بين جميع المصريين مسلمين وغير مسلمين ، مع ملاحظة أنه قد جرى العمل بالمحاكم على تخصيص بعض دوائر المحكمة لنظر منازعات الأحوال الشخصية للمسلمين والبعض الآخر لغير المسلمين وليس ذلك إلا من قبيل التوزيع الداخلى للعمل داخل المحاكم

-الموت وتكون مختصة بالفصل فى المنازعات المتعلقة باستحقاق العين الموقوفة ووضع اليد عليها أو بفرزها إذا كانت شائعة فى ملك غير موقوف وكذلك المنازعات المتعلقة بحصول الوقف إضرارا بحقوق دائنى الوقف".

(٦) ووضع القانون المذكور تنظيما لإحالة القضايا المنظورة أمام الجهات الملغاة إلى المحاكم الوطنية فنصت المادة الثانية منه على أن "تحال الدعاوى التى تكون منظورة أمام المحكمة العليا الشرعية أو أمام الدائرة الإستئنافية بالمجالس الملية إلى محكمة الإستئناف الوطنية التى تقع فى دائرتها المحكمة الإبتدائية التى أصدرت الحكم المستأنف. وتحال الدعاوى التى تكون منظورة أمام المحاكم الكلية الى المحكمة الإبتدائية الوطنية المختصة وتحال الدعاوى المنظورة أمام المحاكم الجزئية الشرعية أو الملية الى المحاكم الجزئية والإبتدائية الوطنية المختصة".

الذى يحقق قدرا معينا من التخصص المطلوب فى أنواع معينة من القضايا (٧)
وقد استقر قضاء محكمة النقض على ذلك. (٨)

بقاء التعدد التشريعى رغم التوحيد القضائى فى مسائل الأحوال الشخصية:

رغم توحيد القانون ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥ لجهات القضاء التى تختص بنظر المنازعات المتعلقة بالأحوال الشخصية إلا أن المادة ٦ منه قد نصت على أن "تصدر الأحكام فى المنازعات المتعلقة بالأحوال الشخصية والوقف والتى كانت أصلا من إختصاص المحاكم الشرعية طبقا لما هو مقرر فى المادة ٢٨٠ من لائحة ترتيب المحاكم المذكورة.(٩) أما بالنسبة للمنازعات المتعلقة بالأحوال الشخصية للمصريين غير المسلمين والمتحدى الطائفة

---

(٧) راجع فى هذا المعنى - أحمد سلامة - الأحوال الشخصية للوطنيين غير المسلمين وللأجانب الطبعة الثانية ١٩٦٢ وأيضا - توفيق فرج - السابق ص٢٨٧ ، حسام الاهوانى - السابق ص١٥

(٨) وقد قضت محكمة النقض بأنه "لما كانت المادة الرابعة من القانون المشار اليه (ق ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥) تنص على أن تشكل بالمحاكم الوطنية دوائر جزئية وإبتدائية وإستئنافية لنظر قضايا الأحوال الشخصية والوقف التى كانت من إختصاص المحاكم الشرعية والمجالس الملية ، وكان مفاد ذلك - على ما جرى به قضاء هذه المحكمة - أن تشكيل هذه الدوائر يدخل فى نطاق التنظيم الداخلى لكل محكمة مما تختص به الجمعية العمومية بها ولا يتعلق بالإختصاص النوعى ، فإن الدائرة المدنية الإستئنافية التى نظرت الدعوى تكون هى المختصة نوعيا بالفصل فى المسألة التى أثيرت أمامها ..... ومن ثم فإن الحكم المطعون فيه ، إذ لم يلتزم هذا النظر وقضى بوقف الدعوى حتى يتم الفصل فى تلك المسألة من دائرة الأحوال الشخصية ، يكون قد خالف القانون". نقض ١٤/ ٦/ ٦٦ فى الطعنين رقمى ٤٦ ، ٤٧ لسنة ٣٢ ق - مجموعة - س ١٧ ص١٣٨٤ وفى ذات المعنى نقض ١٨/ ١/ ٦٦ فى الطعن ٢ لسنة ٣٤ ق - مجموعة س١٧ ص٥

(٩) نصت المادة ٢٨٠ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية على أن "تصدر الأحكام طبقا للمدون فى هذه اللائحة ولا رجح الأقوال من مذهب أبى حنيفة ما عدا الأحوال التى ينص فيها قانون للمحاكم الشرعية على قواعد خاصة فيجب فيها أن تصدر الأحكام طبقا لتلك القواعد".

والملة الذين لهم جهات قضائية ملية منظمة وقت صدور هذا القانون فتصدر الأحكام – فى نطاق النظام العام – طبقا لشريعتهم".

وفقا للنص المذكور فان الشريعة الإسلامية (١٠) هى التى تطبق على منازعات الأحوال الشخصية للمصريين المسلمين أما غير المسلمين فتطبق عليهم شرائعهم الطائفية إذا توافرت الشروط الواردة بالنص المذكور فإذا تخلف شرط منها طبقت عليهم الشريعة الإسلامية ، وهكذا تتعدد الشرائع التى تحكم مسائل الأحوال الشخصية بتعدد العقائد فى مصر ، فالقاعدة القانونية لا تطبق على الأشخاص باعتبارهم من المصريين فقط بل تخاطبهم باعتبارهم منتمين الى ديانة أو ملة أو طائفة معينة. (١١)

خصوصية مصادر القاعدة القانونية فى مسائل الأحوال الشخصية(١٢):

نصت المادة ١ من القانون المدنى المصرى على أن: (١) تسرى النصوص التشريعية على جميع المسائل التى تتناولها هذه النصوص فى لفظها أو فى فحواها:

---

(١٠) بالمدلول الوارد بالمادة ٢٨٠ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية.

(١١) وهو الوضع الذى ينتقده مجمل الفقه فى مصر ، راجع جميل الشرقاوى – الأحوال الشخصية لغير المسلمين ١٩٧٣ ص١٥ ، ١٦ ، أحمد سلامة السابق ص١٣ ، حسام الاهوانى السابق ص١٨ ويرى البعض أن توحيد القانون المطبق فى مسائل الأحوال الشخصية لن يكون أمرا عسيرا إذا خلصت النوايا وذلك على الرغم من تعدد الديانات فى الوطن الواحد حسام الاهوانى ص١٩ ويشير الى أن الطوائف المسيحية فى مصر قد تقدمت بمشروع قانون موحد للأحوال الشخصية للمسيحيين المصريين جميعا مازال قيد الدراسة – السابق ص٢٠.

(١٢) راجع تفصيلا – أحمد سلامة – السابق ص١١٨ وما بعدها – توفيق فرج – السابق ص ١٣٤ وما بعدها.

(٢) فإذا لم يوجد نص تشريعى يمكن تطبيقه ، حكم القاضى بمقتضى العرف، فإذا لم يوجد فبمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية ، فإذا لم توجد فبمقتضى مبادئ القانون الطبيعى وقواعد العدالة"

ولا ينطبق هذا الترتيب الوارد بالقانون المدنى إلا فى نطاق الأحوال العينية أما فى نطاق الأحوال الشخصية فالأمر يختلف ، فإذا وجد نص تشريعى موحد بالنسبة لجميع المصريين (مثل قانون المواريث) فإنه يطبق أولا ، فإذا لم يوجد تطبق الشريعة الإسلامية على المسلمين وتطبق الشرائع الخاصة بغير المسلمين عليهم إذا توافرت شروط تطبيقها فإذا لم تتوافر طبقت الشريعة الإسلامية عليهم ، وعلى ذلك فإن قواعد الدين هى المصدر الثانى بعد التشريع فى مصادر الأحوال الشخصية.

ويلاحظ أن مدلول الشريعة الإسلامية باعتبارها مصدرا للقواعد القانونية فى مسائل الأحوال الشخصية يختلف عن مدلولها باعتبارها مصدرا ثالثا للقواعد القانونية فى مسائل الأحوال العينية.

فيقصد بالشريعة الإسلامية بصفتها مصدرا ثالثا للقواعد القانونية بصفة عامة وفقا للمادة ١ من القانون المدنى "اصول الشريعة الكلية التى لا تختلف من مذهب لآخر" (١٣) أما فى نطاق الأحوال الشخصية فإن الشريعة الإسلامية يتحدد وفقا لنص المادة ٢٨٠ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية والتى نصت على أن "تصدر الأحكام طبقا للمدون فى هذه اللائحة ولأرجح الأقوال من مذهب أبى حنيفة ماعدا الأحوال التى ينص فيها قانون للمحاكم الشرعية على قواعد خاصة فيجب أن تصدر الأحكام طبقا لتلك القواعد" ووفقا

---

(١٣) وهو ما أشارت إليه الأعمال التحضيرية للقانون المدنى - راجع أحمد سلامة - السابق ص١١٩ ، لبيب شنب - السابق ص١٦٠ ، نعمان جمعة - السابق ص٢١٥ ، نزيه المهدى - السابق ص١٨٠ ، جلال إبراهيم - السابق ص٢٥٤.

لهذا النص فإن المقصود بالشريعة الإسلامية هى أولا القواعد التى صدر بها تشريع يطبق على المسلمين فقط بحسب الأصل فى مسائل الأحوال الشخصية مثل القواعد التى تضمنتها اللائحة نفسها والقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٠ الخاص باحكام النفقة وبعض مسائل الأحوال الشخصية والمرسوم بقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ المعدل بالقانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٨٥ الخاص ببعض أحكام الأحوال الشخصية. فإذا لم يوجد نص فى هذه التشريعات طبق القاضى أرجح الآراء فى المذهب الحنفى وهنا يتقيد القاضى بمذهب أبى حنيفة فقط وليس بالأصول الكلية للشريعة الإسلامية.

وبذلك يمكن تحديد مصادر القواعد القانونية فى مسائل الأحوال الشخصية على النحو التالى:

اولا: التشريع: بالنسبة لجميع المصريين فى المسائل التى صدر بشأنها قانون يسرى عليهم جميعا مثل مسائل المواريث.

ثانيا: قواعد الدين: ويقصد بها بالنسبة للمسلمين القوانين التى صدرت لتطبق عليهم فقط بحسب الأصل والسابق الإشارة إليها ثم قواعد الفقه الدينى على أرجح الآراء من مذهب أبى حنيفة وبالنسبة لغير المسلمين فشرائعهم الدينية بالمعنى الذى سنحدده عند الحديث فى المقصود بشرائع غير المسلمين.

ويلاحظ على ما قلناه حالا ما يلى:

١- إن الفقه يعد على هذا النحو مصدرا رسميا للقواعد القانونية فى مسائل الأحوال الشخصية وهو ما نص عليه المشرع صراحة فيما يتعلق بأرجح

الآراء فى مذهب أبى حنيفة وذلك عند المسلمين ، كما سنرى فيما بعد كيف اعتبر الفقه المسيحى أيضا مصدرا من مصادر الشريعة المسيحية. (١٤)

٢- إن مدلول الشريعة الإسلامية وفقا للمادة ٢٨٠ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية يشمل قواعد الشريعة الإسلامية التى صدر بها قانون ليطبق على المسلمين فقط بحسب الأصل ولعل الأدق هنا هو أن يعتبر مصدر هذه القواعد هو التشريع طالما أنها قد صدرت بقانون إلا أننا آثرنا هنا أن ندرجها تحت الدين باعتباره مصدرا تاليا للتشريع فى مسائل الأحوال الشخصية لأن الأصل فيها هو تطبيقها على المسلمين فقط ولكى لا تختلط بالتشريعات التى صدرت لكى تطبق على جميع المصريين تطبيقا موحدا مثل قانون المواريث.

ونتساءل الآن على الحل الواجب إتباعه إذا توافرت شروط تطبيق شريعة غير المسلمين فأصبحت واجبة التطبيق ولم نجد بها قاعدة قانونية تحكم النزاع؟

ننوه أن الشريعة الإسلامية ليست واجبة التطبيق أصلا فى هذه الحالة لأنها لا تطبق إلا إذا لم تتوافر شروط تطبيق شريعة غير المسلمين. لم نجد نصا قانونيا يفصل فى هذه المسألة ولكننا بمطالعة قضاء محكمة النقض نجد أن محكمة النقض تقرر "أن الشريعة الإسلامية هى القانون العام واجب التطبيق فى مسائل الأحوال الشخصية" (١٥) وتؤكد ذلك بصورة أوضح فتقرر "أن المستقر فى قضاء هذه المحكمة أن الشريعة الإسلامية هى شريعة القانون العام ، بمعنى أنها تختص أصلا بحكم علاقات الأسرة بالنسبة للمسلمين وغيرهم وأن الشرائع الأخرى تختص بصفة استثنائية وعند توافر شروط

---

(١٤) راجع فى هذا المعنى - أحمد سلامة - السابق ص ١١٩ ، ١٢٠.
(١٥) نقض ٣٠/ ٣/ ٦٦ فى الطعن رقم ٢٠ لسنة ٣٤ ق - مجموعة س ١٧ ص٧٨٢

معينة بحكم هذه العلاقات" (١٦) ، وتكرر ذات المعنى فى حكم أحدث فتقرر "أن المرجع فى تكييف التفريق بين الزوجين بسبب اعتناق الزوجة الإسلام وإباء الزوج الدخول فيه هو الشريعة الإسلامية باعتبارها القانون المصرى العام فى مسائل الأحوال الشخصية" (١٧)

كما قضت فى واحد من أحدث وأشهر أحكامها فى القضية المعروفة بقضية الدكتور نصر أبوزيد بأن "الشريعة الإسلامية هى القانون العام واجب التطبيق فى مسائل الأحوال الشخصية وفقا لأرجح الأقوال فى مذهب الإمام أبى حنيفة وذلك عملا بنص المادة ٢٨٠ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية والمادة السادسة من القانون ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥ بإلغاء المحاكم الشرعية والمحاكم الملية" (نقض ١٩٩٦/٨/٥ فى الطعون أرقام ٤٧٥ ، ٤٧٨ ، ٤٨١ لسنة ٦٥ ق أحوال شخصية لم ينشر بعد)

ويلاحظ أن كل ما قلناه هنا يتعلق بمصادر القواعد الموضوعية فى مسائل الأحوال الشخصية أما فيما يتعلق بالقواعد الإجرائية (١٨) فالأمر يختلف

---

(١٦) نقض ١٧/ ١/ ١٩٧٩ فى الطعنين رقمى ١٦/ ٢٦ لسنة ٤٨ ق - مجموعة س ٣٠ ص٢٧٦.

(١٧) نقض ٢٧/ ١/ ٨٧ فى الطعن رقم ٧٦ لسنة ٥٣ ق مجموعة س ٣٨ ص١٧٣ وتستطرد قائلة "وذلك وفقا للمادة ١٠ من القانون المدنى وكان هذا التفريق - وعلى أرجح الأقوال من مذهب أبى حنيفة - يعتبر طلاقا وليس بطلانا للزواج يعود الى بداية العقد". ويلاحظ أن المادة ١٠ من القانون المدنى تنص على أن "القانون المدنى هو المرجع فى تكييف العلاقات عندما يطلب تحديد نوع هذه العلاقات فى قضية تتنازع فيها القوانين ، لمعرفة القانون الواجب تطبيقه فيما بينها" ، فالمحكمة هنا تريد أن تتبين ما إذا كان التفريق بين الزوجين بسبب إسلام الزوجة طلاقا أم بطلانا للعقد من الأصل ، ووفقا للمادة ١٠ سالفة الذكر فإن ذلك لابد أن يتم وفقا للقانون المصرى ، فما هو القانون المصرى فى الأحوال الشخصية؟ تجيب المحكمة بأن القانون المصرى فى مسائل الأحوال الشخصية هو الشريعة الإسلامية ولذلك يتم التكييف فى مسائل الأحوال الشخصية وفقا لهذه الشريعة.

(١٨) غنى عن البيان أن القواعد الموضوعية هى التى تنظم موضوع العلاقات القانونية عن طريق تحديد الحقوق والواجبات أما القواعد الإجرائية فهى التى تضع الإجراءات اللازمة لتطبيق القواعد الموضوعية - راجع لبيب شنب - السابق ص٦٢.

حيث تخضع الإجراءات فى مسائل الأحوال الشخصية لقواعد موحدة تسرى على منازعات المصريين جميعا وقد نصت على ذلك صراحة المادة ٥ من القانون ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥ فورد بها أن "تتبع أحكام قانون المرافعات فى الإجراءات المتعلقة بمسائل الأحوال الشخصية والوقف التى كانت من إختصاص المحاكم الشرعية أو المجالس الملية عدا الأحوال التى وردت بشأنها قواعد خاصة فى لائحة ترتيب المحاكم الشرعية أو القوانين الأخرى المكملة لها". والواضح من هذا النص خضوع الإجراءات فى مسائل الأحوال الشخصية لكافة المصريين لقانون المرافعات فإذا لم يوجد به نص طبقت لائحة ترتيب المحاكم الشرعية والقوانين المكملة لها ، وأكدت ذلك المادة ١٢ من القانون ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥ حيث نصت على أن :تنفذ الأحكام الصادرة فى مسائل الأحوال الشخصية وفقا لما هو مقرر فى لائحة الإجراءات الواجب إتباعها فى تنفيذ أحكام المحاكم الشرعية الصادرة فى ١٤ ابريل سنه ١٩٠٧".

خطة الدراسة

يتضح من التمهيد السابق أن القاضى عندما يتصدى للفصل فى منازعة من منازعات الأحوال الشخصية لغير المسلمين يجب أن يحدد أولا الشريعة واجبة التطبيق على هذه المنازعة فإذا تبين له توافر شروط تطبيق الشريعة الدينية الخاصة فإنه ينتقل بعد ذلك إلى تطبيق القواعد الموضوعية التى تتضمنها هذه الشريعة على المنازعة ، أما إذا لم تتوافر هذه الشروط فإنه يطبق القواعد الموضوعية فى الشريعة الإسلامية على المنازعة ، وغنى عن البيان أن دراسة الأحكام الموضوعية بشأن الأحوال الشخصية فى الشريعة الإسلامية تخرج عن نطاق هذه الدراسة ولذلك فإن هذه الدراسة سوف تتضمن بابين رئيسيين :

الباب الأول: النظرية العامة لتحديد القواعد واجبة التطبيق على مسائل الأحوال الشخصية لغير المسلمين.

الباب الثانى : القواعد الموضوعية للأحوال الشخصية فى شرائع غير المسلمين وذلك بشأن الزواج وما يتصل به بصفة رئيسية.

الباب الأول

النظرية العامة لتحديد القواعد واجبة التطبيق على مسائل الأحوال الشخصية لغير المسلمين

سوف نرى بعد قليل أن من المنازعات مالا يتصور بالنسبة له تطبيق شريعة غير المسلمين وبمعنى آخر أن فكرة تطبيق شريعة غير المسلمين لا تطرح من حيث المبدأ. وهذه الفكرة لا تطرح من حيث المبدأ إلا إذا وجدنا في حالة من الحالات التي يمكن أن تتنازع فيها الشرائع فإذا تأكدنا من ذلك وأصبح من المتصور تطبيق شريعة غير المسلمين على النزاع فإننا ننتقل إلى مرحلة أخرى هي مرحلة التحقق من توافر شروط تطبيق شريعة غير المسلمين فإذا توافرت هذه الشروط طبقت الشريعة الخاصة أما إذا لم تتوافر فتطبق الشريعة الإسلامية وهذه هي المسائل التي سنتناولها على التعاقب على النحو التالي:

الفصل الأول: مراحل البحث في جواز تطبيق الشرائع الخاصة بغير المسلمين.

المبحث الأول: التحقق من وجود تنازع داخلي بين الشرائع.

المبحث الثاني: التحقق من توافر شروط تطبيق الشريعة الخاصة.

الفصل الثاني: الأحوال الشخصية لغير المسلمين بين الشرائع الخاصة بهم والشريعة الإسلامية.

المبحث الأول: تطبيق شريعة غير المسلمين عليهم.

المبحث الثاني: تطبيق الشريعة الإسلامية على غير المسلمين.

الفصل الأول

مراحل البحث فى جواز تطبيق الشرائع الخاصة بغير المسلمين

المبحث الأول

المرحلة الأولى

التحقق من وجود تنازع داخلى بين الشرائع

التنازع بين الشرائع أو القوانين قد يكون تنازعا خارجيا وهو الذى يثور بين قوانين أكثر من دولة وهو ما ليس محلا لدراستنا هنا إذ أنه من موضوعات القانون الدولى الخاص [19] وقد يكون تنازعا داخليا ينشأ بين قوانين دولة واحدة نتيجة لفقدان الوحدة التشريعية فيها. [20] ويتخذ هذا التنازع الداخلى صورا عديدة [21] يهمنا منها الصورة التى يرجع فيها تعدد القوانين الى إختلاف مجال تطبيقها من حيث الأشخاص المخاطبين باحكامها بحيث يطبق كل منها على طائفة معينة من الأشخاص وهذا ما يسمى بتنازع الشرائع

---

(١٩) ويحدث هذا التنازع كلما انطوت الحالة القانونية على عنصر أجنبى ويعنى هذا إتصالها بأكثر من قانون لدول مختلفة فإذا ثار النزاع مثلا بشأن صحة زواج فرنسيين متوطنين فى مصر كان للحالة القانونية اتصال بالقانون الفرنسى بوصفه قانون جنسية الزوجين وبالقانون المصرى بوصفه قانون موطنهما ، وفى مثل هذا الفرض يقال أن تنازعا قد نشأ بين القانونين المصرى والفرنسى ويتم فض هذا التنازع باعمال قواعد معينة تسمى بقواعد تنازع القوانين أو قواعد الإسناد وقد تضمن القانون المدنى المصرى مجموعة من هذه القواعد (المواد من ١٠ : ٢٨) راجع فى هذا المعنى - محمد كمال فهمى - أصول القانون الدولى الخاص - الطبعة الثانية ١٩٨٥ ص١٣.

(٢٠) محمد كمال فهمى - السابق ص٣٤٩.

(٢١) راجع فى هذه الصور - محمد كمال فهمى - السابق ص٣٤٩.

الشخصية ومثاله تنازع قوانين الأحوال الشخصية فى مصر والتى تطبق تبعا لديانة أطراف المنازعة.[٢٢]

ويتخذ التنازع الداخلى فى دراستنا معنى محددا خاصا بمسائل الأحوال الشخصية فقط دون غيرها من المنازعات ولذلك يمكن تعريف التنازع الداخلى فى هذه الدراسة بأنه "تزاحم أكثر من قاعدة قانونية بشأن حكم علاقة بين غير المسلمين تدخل فى نطاق الأحوال الشخصية". [٢٣]

ويتضح من التعريف السابق أننا لكى نكون بصدد حالة من الحالات التى تتنازع فيها الشرائع بحيث يتصور من حيث المبدأ إمكانية خضوعها لقواعد الشريعة الخاصة بغير المسلمين ، يجب أن تتوافر الشروط الثلاثة التالية:

أولا: أن تكون المسألة من مسائل الأحوال الشخصية.

ثانيا: وجود أكثر من قاعدة قانونية يتصور أن تحكم النزاع.

ثالثا: أن يكون أطراف العلاقة من المصريين غير المسلمين.

المطلب الأول

أن تكون المسألة من مسائل الأحوال الشخصية

الأصل أن القانون المدنى هو القانون الذى يحكم معاملات الأفراد فى المجتمع وينظم المراكز القانونية التى تنشأ من هذه المعاملات ، سواء أكانت

---

(٢٢) راجع محمد كمال فهمى - السابق ص٣٤٩.
(٢٣) راجع - حسام الأهوانى - السابق ص٢٧.

هذه المراكز تتصل بمصالح الأفراد ذات القيمة المالية ، أى سواء كانت محكومة بقواعد الأحوال العينية أو كانت تتصل بتلك المصالح التى لا تقوم بالمال والتى تنتج عن وضع الشخص فى الأسرة ، والتى تنظمها قواعد الأحوال الشخصية. (٢٤)

ورغم ذلك فإن مسائل الأحوال الشخصية تمتعت دائما بذاتية خاصة تميزها عن الأحوال العينية أو الأحوال المالية فى قوانين معظم الدول بصفة عامة وفى مصر بصفة خاصة.

فغالبا ما تنص قواعد الإسناد (٢٥) على أن مسائل الأحوال الشخصية لغير الوطنيين تخضع للقانون الشخصى لهؤلاء الأجانب أى قانون الدولة التى ينتمون إليها.(٢٦)

أما المسائل المالية أو الأحوال العينية فالأصل فيها هو خضوعها لقانون البلد الذى يوجد فيه المال أو الذى يتم فيه التعاقد بغض النظر عن القانون الشخصى لأطراف العلاقة. (٢٧)

---

(٢٤) جميل الشرقاوى - السابق ص٣ ولذلك فقد تضمن الكتاب الأول من القانون المدنى الفرنسى "وعنوانه DES PERSONNES" الموضوعات الأساسية للأحوال الشخصية فنظم الزواج فى الباب الخامس منه (المواد ١٤٤ - ٢٢٨) والطلاق فى الباب السادس (المواد ٢٢٩ - ٣١٠) والنسب أو البنوة فى الباب السابع (المواد ٣١١ - ٣٤٢) والتبنى فى الباب الثامن (المواد ٣٤٣ - ٣٧٠) والسلطة الأبوية فى الباب التاسع (المواد ٣٧١ - ٣٨٧).

(٢٥) وهى القواعد التى تحدد القانون واجب التطبيق من بين قوانين الدول التى تتنازع فى مسألة ما.

(٢٦) راجع فى هذا المعنى - جميل الشرقاوى ص٥ ، حسام الاهوانى - السابق ص٣٠ ومثال ذلك ما نصت عليه المادة ١٢ من القانون المدنى المصرى من أن "يرجع فى الشروط الموضوعية لصحة الزواج الى قانون كل من الزوجين" وراجع أيضا نصوص المواد ١٣ - ١٧.

(٢٧) ومن ذلك ما نصت عليه الفقرة الثانية من المادة ٣ من القانون المدنى الفرنسى من أن "العقارات حتى ولو كانت مملوكة لأجانب تخضع للقانون الفرنسى"

وفى مصر بصفة خاصة ، كان لتمييز الأحوال الشخصية عن الأحوال العينية أهمية خاصة ، فبعد إنشاء المحاكم المختلطة وحتى الغاء الإمتيازات الأجنبية كانت المحاكم المختلطة تختص بالأحوال العينية بينما تختص المحاكم القنصلية بالأحوال الشخصية وذلك بالنسبة للأجانب.

وبالنسبة للمصريين قبل صدور القانونين ٤٦١ ، ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥ ، فان المحاكم الوطنية كانت تختص بمسائل الأحوال العينية أما مسائل الأحوال الشخصية فكانت من إختصاص الجهات القضائية الدينية (المحاكم الشرعية - المجالس الملية).

وحتى بعد صدور القانونين المذكورين فان توحيد جهات القضاء لم يتبعه توحيد القواعد القانونية المطبقة فى مسائل الأحوال الشخصية كما سبق أن ذكرنا ، ومن هنا ظل تمييز مسائل الأحوال الشخصية متحققا بأهمية كبرى إذ تطبق بشأنها قواعد الشرائع الدينية المختلفة على النحو الذى سنتناوله تفصيلا ، أما مسائل الأحوال العينية فقد نظمها القانون بقواعد موحدة تسرى على جميع المصريين بصرف النظر عن دياناتهم ، ولهذا لا يثور التنازع على الإطلاق بين الشرائع الدينية فى مسائل الأحوال العينية. (٢٨)

="Les immeubles, même ceux possédés par des étrangers, sont régis par la loi française"

وكذلك المادة ١٨ من القانون المدنى المصرى والتى تنص على أن "يسرى على الحيازة والملكية والحقوق العينية الأخرى ، قانون الموقع فيما يختص بالعقار ، ويسرى بالنسبة الى المنقول ، قانون الجهة التى يوجد فيها هذا المنقول وقت تحقق السبب الذى ترتب عليه كسب الحيازة أو الملكية أو الحقوق العينية الأخرى أو فقدها" وراجع أيضا المواد ١٩ ، ٢٠ ، ٢١.

(٢٨) راجع - حسام الاهوانى - السابق ص٢٧.

وهكذا يتضح لنا أن تعريف الأحوال الشخصية - والذى يميزها عن الأحوال العينية - يترتب عليه نتائج هامة كما أوضحنا ومن هنا حاول الفقه والقضاء والمشرع وضع تعريف للأحوال الشخصية.

أولا: موقف الفقه:

أما عن الفقه فقد قدم بعض التعريفات التى انتقدت جميعها (٢٩) ولذلك يشير بعض الفقه أن المسلك الغالب فى الفقه المصرى هو ضرورة بحث كل حالة على حدة وتتبعها لمعرفة ما إذا كانت تعتبر من الأحوال الشخصية أم لا ولهذا ابتعد الفقه عن وضع تعريف للمقصود بالأحوال الشخصية واهتم باستعراض المسائل التى تدخل فى نطاقها واحدة واحدة (٣٠) ، وهذا التعداد لا يكون على سبيل الحصر وإنما على سبيل المثال بحيث يمكن أن يضاف إليها من مسائل الأحوال الشخصية ما تقضى طبيعته باعتباره كذلك على أساس التحديد العام لهذه المسائل بأنها المراكز القانونية المتصلة بمصالح الأشخاص الناشئة عن إرتباطهم باسرهم.(٣١)

ويبدو لنا أن ما قيل عن الإبتعاد عن وضع تعريف محدد للأحوال الشخصية ليس إلا محاولة لتجنب الإنتقادات التى يمكن أن توجه إلى هذا التعريف ، ونتساءل هنا : ما معنى "بحث كل حالة على حدة لمعرفة ما إذا كانت تعتبر من الأحوال الشخصية أم لا" ؟ ألا يحتاج هذا التحديد الرجوع إلى

---

(٢٩) راجع فى هذه التعريفات وما وجه إليها من نقد - حسام الاهوانى - السابق ص٣١ وما بعدها.

(٣٠) راجع فى هذا المعنى - إيهاب اسماعيل - أصول الأحوال الشخصية لغير المسلمين - الكتاب الأول (التنازع بين الشرائع الداخلية) - الطبعة الأولى - بدون تاريخ نشر ، وأيضا جميل الشرقاوى السابق ص٤ ، حسام الاهوانى - السابق ص٣٣.

(٣١) راجع: جميل الشرقاوى السابق ص٤ ، حسام الاهوانى - السابق ص٣٣.

معيار معين يحدد لنا ما إذا كانت هذه الحالة من الأحوال الشخصية أم لا؟ فإذا وجد هذا المعيار فمعنى ذلك أننا قد وصلنا لتعريف للأحوال الشخصية.

الأكثر من ذلك هو القول أنه "يمكن أن يضاف إلى مسائل الأحوال الشخصية ما تقضى طبيعته باعتباره كذلك" فمعنى ذلك أن لفكرة الأحوال الشخصية طبيعة معينة ولما كان الأمر كذلك فما المانع من وضع تعريف للأحوال الشخصية يستند لهذه الطبيعة؟ بل أن القول السابق قد استطرد ووضع تعريفا للأحوال الشخصية مقررا أن ذلك يتم "على أساس التحديد العام لهذه المسائل بأنها المراكز القانونية المتصلة بمصالح الأشخاص الناشئة عن إرتباطهم بأسرهم" ، وكل ما هناك هو إستعمال عبارة (تحديد عام) وليس كلمة (تعريف) ، إذ يبدو من ذلك محاولة تجنب النقد المحتمل لهذا التعريف شأنه شأن غيره من التعريفات التى قيلت فى هذا الصدد.

ان من المتفق عليه فقها وقضاء وفى قوانين الدول المختلفة أن هناك من المسائل ما لاجدال فى اعتباره من الأحوال الشخصية فما الذى يمنع من استخلاص تعريف للأحوال الشخصية تندرج تحته جميع هذه المسائل المتفق عليها مع التسليم بوجود اعتبارات معينة قد تدخل أمورا أخرى فى نطاق الأحوال الشخصية فى بعض القوانين وفى هذه الحالة فإن دخول مسألة ما فى نطاق الأحوال الشخصية - رغم عدم إنطباق التعريف عليها - يكون مراعاة لهذه الاعتبارات وليس لوجود خلل فى التعريف المختار للأحوال الشخصية.

ولذلك فلا مانع لدينا من الأخذ بالتعريف الذى قال به بعض الفقه ناسبا إياه بصفة عامة إلى "الفقه والتشريع فى مصر" مع تعديل طفيف بحيث

نعرف الأحوال الشخصية بإنها "المراكز القانونية التى تتصل بالمصالح غير المالية – بحسب الأصل – التى تنتج من إرتباط الشخص بأسرته" (٣٢)

ثانيا: موقف محكمة النقض:

قررت محكمة النقض ان "الأحوال الشخصية هى مجموعة ما يتميز به الإنسان عن غيره من الصفات الطبيعية أو العائلية التى رتب عليها القانون أثرا قانونيا فى حياته الإجتماعية ، ككونه إنسانا ذكرا أو أنثى ، وكونه زوجا أو أرملا أو مطلقا أو أبا أو إبنا شرعيا ، أو كونه تام الأهلية أو ناقصها لصغر سن أو عته أو جنون أو كونه مطلق الأهلية أو مقيدها بسبب من أسبابها القانونية ، أما الأمور المتعلقة بالمسائل المالية فكلها بحسب الأصل من الأحوال العينية وإذن فالوقف والهبة والوصية والنفقات على إختلاف أنواعها ومناشئها من الأحوال العينية لتعلقها بالمال وبإستحقاقه وعدم إستحقاقه غير أن المشرع المصرى وجد أن الوقف والهبة والوصية – وكلها من عقود التبرعات – تقوم غالبا على فكرة التصدق المندوب إليه ديانة ، فالجأه هذا إلى اعتبارها من قبيل مسائل الأحوال الشخصية كيما يخرجها من إختصاص المحاكم المدنية التى ليس من نظامها النظر فى المسائل التى قد تحوى عنصرا دينيا ذا أثر فى تقرير حكمها ، على أن أيه جهة من جهات الأحوال الشخصية إذا نظرت فى شئ مما تختص به من تلك العقود ، فإن نظرها فيه

---

(٣٢) راجع جميل الشرقاوى السابق ص٣ وقد أضفنا عبارة "بحسب الأصل" كوصف للمصالح غير المالية لاتاحة الفرصة لأدخال بعض المسائل المالية فى نطاق الأحوال الشخصية لاتصالها بالاسرة اتصالا وثيقا مثل مسائل النفقات التى لا خلاف حول اعتبارها من مسائل الأحوال الشخصية رغم الطابع المالى لها.

بالبداهة مشروط باتباع الأنظمة المقررة قانونا لطبيعة الأموال الموقوفة والموهوبة والموصى بها"(٣٣)

وينتقد بعض الفقه هذا التحديد أو التعريف الذى ذكرته محكمة النقض لمدلول الأحوال الشخصية لما يلى: (٣٤)

١- أن الحكم لم يقف عند التعريف الذى وضعه يحدد فيه الأحوال الشخصية بل أضاف بعد ذلك ما ذهب إليه المشرع المصرى من جعل الوقف والهبة والوصية من الأحوال الشخصية وبذلك فقد التعريف أهميته فى أن يكون أساسا عمليا للتفرقه بين الأحوال الشخصية والأحوال العينية.

الرد على هذا النقد:

على أننا نرى عدم دقة هذا النقد إذ أن محكمة النقض قد حرصت على إيضاح أن الوقف والهبة والوصية هى بطبيعتها من الأحوال العينية وأشارت إلى أن المشرع هو الذى اعتبرها من قبيل الأحوال الشخصية ، فالمحكمة نفسها لم تعتبر هذه المسائل من الأحوال الشخصية فكيف يقال بعد

---

(٣٣) نقض ٢١/ ٦/ ٣٤ فى الطعن رقم ٤٠ لسنة ٣ ق - مجموعة عمر الجزء الأول رقم ٢٠٠ ص٤٥٤. وقد صدر هذا الحكم فى ظل لائحة ترتيب المحاكم الأهلية الصادرة فى عام ١٨٨٣ وكانت المادة ١٦ منها تنص على أنه "ليس للمحاكم المذكورة أن تنظر فى المنازعات المتعلقة بالدين العمومى أو بأساس ربط الأموال الميرية ولا فى المسائل المتعلقة بأصل الأوقاف ولا فى مسائل الأنكحة وما يتعلق بها من قضايا المهر والنفقة وغيرها ولا فى مسائل الهبة والوصية والمواريث وغيرها مما يتعلق بالأحوال الشخصية ولا يجوز لها أيضا أن تؤول الأحكام التى تصدر فيها من الجهة المختصة بها" ويلاحظ على هذه المادة أنها لم تضع تعريفا عاما للأحوال الشخصية وأنها اعتبرت الأمور المذكوره بها (الأوقاف، الأنكحة ، المهر ، النفقة ، الهبة ، الوصية ، المواريث) من الأحوال الشخصية ويدل على ذلك استعمال عبارة (وغيرها مما يتعلق بالأحوال الشخصية) وهو ما يفيد أيضا أن الأمور الواردة بها قد جاءت على سبيل المثال لا الحصر ، ومن هنا جاءت إشارة محكمة النقض فى حكمها الى أن المشرع قد أعتبر مسائل النفقات والهبة والوصية والوقف من مسائل الأحوال الشخصية.

(٣٤) راجع توفيق فرج-السابق ص٣٩،٣٨ وأيضا حسام الاهوانى-السابق ص ٣٥،٣٤

ذلك أن تعريفها للأحوال الشخصية قد فقد أهميتـه فـى أن يكـون أساسـا علميـا للتفرقة بين الأحوال الشخصية والعينية وإن كان من نقد يوجه فى هذا الشـأن فإن المشرع هو الأولى به وليس حكم محكمة النقض. (٣٥)

٢- أن الحكم قد اعتبر النفقات على اختلاف أنواعها ومناشـئها من الأحـوال العينية مع أن هناك ما يفيد اعتبارها من الأحوال الشخصية ، وهـذا مـا كـانت تقضى به المحاكم الأهلية تطبيقا للمادة ١٦ من لائحة ترتيب المحـاكم الأهليـة والتى كانت تقضى بأن المسائل المتعلقـة بالنفقـة هـى مـن الأحـوال الشـخصية الخارجة عن إختصاص المحاكم الأهلية.

الرد على هذا النقد:

أن محكمة النقـض قـد اعتبرت النفقـات مـن الأحـوال العينيـة بحسب الأصل تطبيقا للمعيار الذى وضعته لتحديد الأحـوال العينيـة وهـو "أن الأمـور المتعلقة بالمسائل المالية كلها بحسب الأصل من الأحوال العينيـة" ، ولا جـدال فى أن المشرع يستطيع بنص خاص أن يخرج عن الطبيعة الأصلية لمسألة ما مراعاة لاعتبارات معينة ، فإذا ما وجد مثل هذا النص - وهو هنا نص المادة ١٦ من لائحة ترتيب المحاكم الأهلية - فإن ذلك لا يمنع محكمـة النقـض مـن أن تقرر فى حكمها أن النفقات هى فـى الأصـل مـن الأحـوال العينيـة دون أن يكون فى ذلك تناقض مع نص اللائحة سالف الذكر.

---

(٣٥) يؤيد ذلك التحفظ الذى أوردته المحكمة إذ قررت أن "على أن أية جهـة مـن جهات الأحوال الشخصية إذا نظرت فى شئ مما تختص به من تلك العقود ، فإن نظرهـا فيـه بالبداهة مشروط باتباع الأنظمـة المقررة قانونـا لطبيعـة الأمـوال الموقوفـة والموهوبـة والموصى بها" وهى بذلك تؤكد أن إختصاص جهة الأحوال الشـخصية بنظـر المنازعـات المتعلقة بهذه المسائل لا يعفى هذه الجهة من احترام الطبيعة الأصلية لهذه الأموال.

ثالثا: موقف المشرع: [٣٦]

بدأ المشرع تعريف الأحوال الشخصية بالمادة ٢٨ من لائحة التنظيم القضائى للمحاكم المختلطة الصادرة عام ١٩٣٧ [٣٧] والتى نصت على أن "تشمل الأحوال الشخصية: المنازعات والمسائل المتعلقة بحالة الأشخاص وأهليتهم أو المتعلقة بنظام الأسرة وعلى الأخص الخطبة والزواج وحقوق الزوجين وواجباتهما المتبادلة والمهر (الدوطة) ونظام الأموال بين الزوجين والطلاق والتطليق والتفريق والبنوة والإقرار بالأبوة وأنكارها والعلاقات بين الأصول والفروع والإلتزام بالنفقة للأقارب والأصهار وتصحيح النسب والتبنى والوصاية والقيامة والحجر والإذن بالإدارة وكذلك المنازعات والمسائل المتعلقة بالهبات والمواريث والوصايا وغيرها من التصرفات المضافة الى ما بعد الموت وبالغيبة وباعتبار المفقود ميتا".

ويلاحظ على النص السابق ما يلى:

١- أنه قد وضع تحديدا أو تعريفا عاما لمسائل الأحوال الشخصية بحيث تشمل "المسائل المتعلقة بحالة الأشخاص وأهليتهم أو المتعلقة بنظام الأسرة".

٢- أنه قد خص بالذكر بعض المسائل التى تندرج تحت هذا التعريف العام وبذلك لا يثور الشك حول دخول هذه المسائل فى نطاق الأحوال الشخصية.

---

(٣٦) راجع تفصيلا فى تحديد المشرع لمسائل الأحوال الشخصية - أحمد سلامة - السابق ص٣٨ وما بعدها.
(٣٧) خضعت المحاكم المختلطة لهذه اللائحة الصادرة بالقانون رقم ٤٩ لسنة ١٩٣٧ وذلك فى الفترة الانتقالية التى حددتها اتفاقية مونتريه والتى انتهت فى ١٤ أكتوبر ١٩٤٩.

٣- يبدو أن صياغة النص على النحو سالف الذكر باستعمال عبارة "وعلى الأخص" تعنى أن التحديد العام المذكور للأحوال الشخصية يمكن أن يشمل مسائل أخرى بخلاف تلك الواردة به أى أن المسائل التى خصصتها المادة قد وردت على سبيل المثال لا الحصر. (٣٨)

وبعد الغاء المحاكم المختلطة صدر قانون نظام القضاء رقم ١٤٧ لسنة ١٩٤٩ والذى خضعت له المحاكم الوطنية ونص فى المادة ١٢ منه على أن "تختص المحاكم بالفصل فى جميع المنازعات وفى المواد المدنية والتجارية وفى جميع الجرائم إلا ما استثنى بنص خاص ، وكذلك تختص المحاكم بالنسبة الي غير المصريين بالفصل فى المنازعات والمسائل المتعلقة بالأحوال الشخصية".

ويتضح من النص المذكور أن المحاكم العادية لا تختص بالأحوال الشخصية للمصريين التى تظل من إختصاص المحاكم الشرعية والمجالس الملية ، ثم حددت المادة ١٣ من ذات القانون المقصود بالأحوال الشخصية فنصت على أن "تشمل الأحوال الشخصية المنصوص عليها فى المادة السابقة المنازعات والمسائل المتعلقة بحالة الأشخاص وأهليتهم أو المتعلقة بنظام الأسرة كالخطبة والزواج وحقوق الزوجين وواجباتهما المتبادلة والمهر والدوطة ونظام الأموال بين الزوجين والطلاق والتطليق والتفريق والبنوة

(٣٨) راجع فى هذا المعنى - توفيق فرج - السابق ص٤١ وينتقد الفقه ما ورد بهذا النص من اعتبار الدوطة مرادفا للمهر رغم أن المهر هو المال الذى يدفعه الزوج لزوجته بمناسبة عقد زواجهما أما الدوطة فهى المال الذى تقدمه الزوجة لزوجها فى بعض الشرائع عند الزواج وذلك للإنتفاع بها فى تحمل أعباء الحياة الزوجية عن طريق إستغلال الزوج لها - راجع توفيق فرج ص٤١.

والإقرار بالأبوة وإنكارها والعلاقة بين الأصول والفروع والإلتزام بالنفقة للأقارب والصهار وتصحيح النسب والتبنى والولاية والوصاية والقيامة والحجر والأذن بالادارة وبالغيبة وأعتبار المفقود ميتا وكذلك المنازعات والمسائل المتعلقة بالمواريث والوصايا وغيرها من التصرفات المضافة الى ما بعد الموت"

ويقترب النص سالف الذكر كثيرا من نص المادة ٢٨ من لائحة المحاكم المختلطة وتسرى بالنسبة له الملاحظات التى قلناها بشأنه إلا أنه يختلف عنه فيما يلى:

١- أنه خص بالذكر "الولاية" باعتبارها من مسائل الأحوال الشخصية بينما أغفلها نص المادة ٢٨.

٢- اعتبرت المادة ٢٨ الهبة من الأحوال الشخصية أما المادة ١٣ فقد أغفلت ذكرها من بين مسائل الأحوال الشخصية وهو ما يعنى خروجها من نطاق الأحوال الشخصية وعودتها إلى طبيعتها الأصلية باعتبارها من الأحوال العينية ، وقد أكد ذلك نص المادة ١٤ التالية لها حيث نصت على أن "تعتبر الهبة من الأحوال الشخصية بالنسبة إلى غير المصريين إذا كان قانونهم يعتبرها كذلك" ويتضح منه أن الهبة بالنسبة للمصريين لا تعد من مسائل الأحوال الشخصية وإنما من الأحوال العينية (٣٩) وأكد ذلك بشكل قاطع تنظيم الهبة ضمن نصوص القانون المدنى المصرى (المواد ٤٨٦ - ٥٠٥).

---

(٣٩) راجع توفيق فرج - السابق ص٤٧ ، كما يمتاز نص المادة ١٣ بأنه قد أزال الخلط الذى جاءت به المادة ٢٨ بين المهر والدوطة وحسم الخلاف حول اعتبار الدوطة من الأحوال الشخصية - راجع توفيق فرج ص٤٥ وما بعدها.

على أن القانون رقم ١٤٧ لسنة ١٩٤٩ قد ألغى بصدور قانون السلطة القضائية رقم ٤٣ لسنة ١٩٦٥ والذى نصت المادة الأولى منه على أن "يلغى القانون رقم ٥٦ لسنة ١٩٥٩ فى شأن السلطة القضائية والقانون رقم ١٤٧ لسنة ١٩٤٩ بشأن نظام القضاء والقوانين المعدلة له ، ويستعاض عنها بنصوص القانون المرافق ويلغى كل نص آخر يخالف أحكامه" (٤٠) وبذلك تم الغاء القانون رقم ١٤٧ الغاء كليا وعندما حل القانون رقم ٤٦ لسنة ١٩٧٢ بشأن السلطة القضائية محل القانون رقم ٤٣ لسنة ١٩٦٥ فإنه لم يتضمن - مثل سابقه - نصا يحدد مدلول الأحوال الشخصية ، وبذلك يكون آخر تحديد أورده المشرع لمسائل الأحوال الشخصية بالمادة ١٣ من قانون نظام القضاء رقم ١٤٧ لسنة ١٩٤٩ قد فقد قيمته الالزامية فى الوقت الحالى وإن كان الفقه يحتفظ لها بقيمة فقهية فى تحديد المسائل التى تدخل فى مدلول الأحوال الشخصية.(٤١)

ومن كل ما قلناه بشأن تعريف الأحوال الشخصية نستطيع الآن الوقوف على المسائل التى لا خلاف فى اعتبارها من مسائل الأحوال الشخصية وهى: (٤٢)

١- المسائل المتعلقة بحالة الأشخاص وأهليتهم.

---

(٤٠) يراعى أن القانون رقم ٥٦ لسنة ١٩٥٩ بشأن السلطة القضائية قد أبقى على نصوص القانون رقم ١٤٧ لسنة ١٩٤٩ بشأن نظام القضاء التى لا تتعارض مع نصوصه ومن هذه النصوص التى ظلت قائمة رغم صدور قانون السلطة القضائية رقم ٥٦ لسنة ١٩٥٩ نص المادة ١٣ الذى يتضمن تحديد مسائل الأحوال الشخصية - فى هذا المعنى - توفيق فرج ص٤٤.

(٤١) راجع فى هذا المعنى - أحمد سلامة - مسائل فى الأحوال الشخصية - العلوم القانونية والاقتصادية - س ١٠ العدد الأول ص٦٩ فيقرر "أنه بالرغم من الغاء نص المادتين ١٣ ، ١٤ من قانون نظام القضاء فان مضمون الأولى يصلح أساسا لأى مناقشة فقهية أو حتى لأى تحديد فقهى"

(٤٢) راجع - توفيق فرج - السابق ٤٨ ، حسام الاهوانى - السابق ص٣٩.

٢- نظام الأسرة من زواج وطلاق ونسب.

٣- الولاية والوصاية والقوامة والحجر والإذن بالادارة والغيبة واعتبار المفقود ميتا.

٤- المواريث والوصايا.

إلا أننا ننبه فورا إلى أن إعتبار المسائل سالفة الذكر من مسائل الأحوال الشخصية لا يعنى حتما امكانية تطبيق الشريعة الخاصة بشأنها جميعا، فهناك من هذه المسائل ما أصبح خاضعا لقواعد قانونية موحدة تسرى على جميع المصريين رغم إعتبارها من مسائل الأحوال الشخصية وهنا لا تطرح مسألة خضوعها للشرائع الدينية الخاصة من حيث المبدأ وهو ما سنتناوله فيما يلى.

المطلب الثانى

وجود أكثر من قاعدة قانونية يتصور أن تحكم النزاع

وهذا هو الشرط الثانى لوجود التنازع الداخلى بين الشرائع فى مسائل الأحوال الشخصية بحيث يتصور إمكانية تطبيق الشريعة الخاصة من حيث المبدأ ، وبمعنى آخر أنه يشترط أيضا لوجود التنازع الداخلى ألا يكون هناك تشريع موحد يسرى على مسألة الأحوال الشخصية ، فإذا وجد مثل هذا التشريع الموحد فإن التنازع الداخلى بين الشرائع لا يقوم ولا يتصور القول بإمكانية تطبيق الشريعة الخاصة من حيث المبدأ. (٤٣) ويمكن القول أيضا أن

(٤٣) وينتقد الفقه ما قال به البعض من أن توحيد القواعد المتعلقة بمسألة معينة يؤدى إلى خروج هذه المسألة من نطاق الأحوال الشخصية - راجع فى عرض هذا الرأى ونقده - حسام الأهوانى - السابق ص٤١ ، ويضيف البعض - وبحق - "أننا لا نتصور أن صدور قواعد موحدة فى مسألة من مسائل الأحوال الشخصية معناه ضرورة تغيير طبيعتها =

الشريعة الإسلامية لا تكون هى المصدر الرسمى الذى ينظم مسائل الأحوال الشخصية هنا حتى ولو كان التشريع الموحد مستمدا من قواعدها ويكون المصدر الرسمى هو التشريع وليس الشريعة الإسلامية ، وإن كانت الشريعة الإسلامية هى المصدر المادى للقواعد فى هذا الشأن. (٤٤)

ويمكن تحديد مسائل الأحوال الشخصية التى نظمت بقوانين موحدة بالنسبة لجميع المصريين فيما يلى:

أولا: المواريث:(٤٥)

قبل صدور القانون رقم ٧٧ لسنة ١٩٤٣ والخاص بالمواريث كانت مسائل المواريث من إختصاص المحاكم الشرعية والتى كانت تطبق بشأنها أحكام الشريعة الإسلامية ، وكانت المجالس الملية لا تختص بنظر هذه المسائل إلا باتفاق جميع أولى الشأن على اللجوء إلى القضاء الطائفى ، ويرجع ذلك إلى أن الشريعة المسيحية لم تنظم مسائل المواريث ، وكان المسيحيون يطبقون فى شأنها القانون الرومانى أحيانا والشريعة الإسلامية أحيانا أخرى ، خاصة وأن مسائل المواريث لا تتصل اتصالا وثيقا بالعقيدة المسيحية وذلك على العكس من مسائل الزواج والطلاق ، لهذا كله تقبل

يعدها من الأحوال العينية ، ولا نعتقد أن أحدا يستسيغ إعتبار مسائل الزواج والطلاق من مسائل الأحوال العينية ، أى المعاملات ، إذا ما صدر قانون موحد فى هذه المسائل بالنسبة للمصريين جميعا إذ أن الزواج أبعد ما يكون عن أن يوصف بأنه من الأحوال العينية حتى ولو صدرت بشأنه قواعد موحدة بالنسبة للمصريين جميعا – إيهاب إسماعيل – أصول الأحوال الشخصية ص٦٧.

(٤٤) راجع فى هذا المعنى – لبيب شنب – السابق ص١٥٨.

(٤٥) ننوه إلى أن ما نقوله بالنسبة للمواريث يطبق بالنسبة للوصية أيضا والتى تخضع للقانون رقم ٧١ لسنة ١٩٤٦.

المسيحيون فى مصر أحكام الشريعة الإسلامية لتنظيم المسائل الخاصة بالميراث طالما أنهم لم يتفقوا على اللجوء للقضاء الطائفى. (٤٦)

وعقب صدور قانون المواريث سالف الذكر صدر القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٤٤ ببيان القانون واجب التطبيق فى مسائل المواريث والوصايا" (٤٧) والذى نص فى مادته الأولى على أن "قوانين الميراث والوصية وأحكام الشريعة الإسلامية فيهما هى قانون البلد فيما يتعلق بالمواريث والوصايا على أنه إذا كان المورث غير مسلم جاز لورثته فى حكم الشريعة الإسلامية وقوانين الميراث والوصية أن يتفقوا على أن يكون التوريث وفقا لشريعة المتوفى".

ويلاحظ على النص المذكور أنه وإن سمح لورثة غير المسلم بالإتفاق على أن يكون التوريث وفقا لشريعته إلا أن ذلك لا يجوز إلا بعد اللجوء أولا للشريعة الإسلامية (والقوانين المستمدة منها) لتحديد الورثة وهؤلاء هم الذين يجوز لهم فيما بعد الاتفاق على أن يكون التوريث طبقا لشريعة المتوفى. وقد

---

(٤٦) راجع – حسام الاهوانى ص٤٢ ، ٤٣ وراجع أيضا: أحمد صفوت – قضاء الأحوال الشخصية للطوائف الملية – الطبعة الثانية ١٩٤٨ ص١٦ حيث يقرر "أما دعاوى الميراث فليس لها حكم فى الدين المسيحى وكان النصارى يتبعون القانون الرومانى فى تقسيم التركة لكن طول معاشرتهم للعرب واختلاطهم معهم خصوصا فى بلاد الشام ووجود اجناس مختلفة من النصارى فى درجات مختلفة من المدينة وفى أحوال إجتماعية متباينة بعضهم عرب يقومون على العصبيات مما يصعب معه إجبار النصارى على قانون معين للمواريث ، لذلك جعل إختصاص البطريكخانات بها معلقا برضاء كل الأخصام فإن لم يتفقوا تكون المحاكم الشرعية هى المختصة وتطبق عليهم الشريعة الإسلامية"

(٤٧) الوقائع المصرية فى ٢٧ مارس سنه ١٩٤٤ العدد ٣٨ ، راجع مجموعة القوانين والمراسيم والاوامر الملكية – الثلاثة الأشهر الأولى من سنه ١٩٤٤ ص٨١ – ولم يتضمن سوى مادة واحدة هى المذكورة بالمتن.

اتجه جانب من الفقه إلى أن القانون المذكور لم يفعل أكثر من تقنين ما جرى عليه العمل قبل صدوره. (٤٨)

وظل الأمر كذلك حتى صدر القانون المدنى المصرى الحالى (٤٩) والذى أوجد وضعا جديدا فى هذا الشأن حيث نصت المادة ٨٧ منه على أن: "تعيين الورثة وتحديد أنصبائهم فى الإرث وانتقال أموال التركة إليهم تسرى فى شأنها أحكام الشريعة الإسلامية والقوانين الصادرة فى شأنها" (٥٠) فقد إختلف الفقه حول أثر نص القانون المدنى سالف الذكر على الوضع السابق على صدوره.

فذهب رأى أول إلى أنه بعد صدور القانون المدنى أصبح لا محل لتطبيق أحكام الشرائع الطائفية فى مسائل المواريث حيث أصبح القانون رقم ٧٧ لسنة ١٩٤٣ يسرى على جميع المصريين بدون استثناء بغض النظر عن ديانتهم وان نص المادة ٨٧٥ من القانون المدنى قد نسخ الاستثناء الوارد بالقانون ٢٥ لسنة ١٩٤٤ ، وقد أكدت ذلك المذكرة الايضاحية للقانون المدنى والتى صرحت بأن مسائل الميراث تحكمها أحكام الشريعة الإسلامية والقوانين الصادرة بشأنها ولا يجوز تطبيق قانون ملة غير المسلمين حتى ولو إتفق جميع الورثة على تطبيقه. (٥١)

---

(٤٨) توفيق فرج – السابق ص٦٨.
(٤٩) والذى عمل به أعتبارا من ١٥ أكتوبر ١٩٤٩.
(٥٠) وقد نصت المادة ٩١٥ أيضا على أن تسرى على الوصية أحكام الشريعة الإسلامية والقوانين الصادرة فى شأنها"
(٥١) من أنصار هذا الرأى – وهو الغالب فى الفقه المصرى – جميل الشرقاوى – السابق ص٨ هامش ٢ ، إيهاب إسماعيل – أصول الأحوال الشخصية ص٧٦ ، حسام الاهوانى السابق ص٤٤ وراجع العديد من أنصار هذا الرأى – عبد العزيز المرسى – مبادئ الأحوال الشخصية للمصريين غير المسلمين ١٩٩٦ – ص٣٣ هامش (١).

وذهب رأى ثان إلى الابقاء على نص القانون ٢٥ لسنة ١٩٤٤ حتى بعد صدور القانون المدنى [٥٢] ويستند هذا الرأى إلى ما يلى:

١- أن الحكم العام لا ينسخ الحكم الخاص السابق له ولما كان الحكم الوارد بالمادة ٨٧٥ من القانون المدنى حكما عاما بعكس الحكم الوارد بالقانون ٢٥ لسنة ١٩٤٤ الذى هو حكم خاص فإن نص القانون المدنى لا يلغى نص القانون ٢٥ لسنة ١٩٤٤. [٥٣]

٢- أن المشرع قد حرص فى المشروع التمهيدى للمادة ٨٧٥ من القانون المدنى على أن يشير إلى تطبيق الشريعة الإسلامية والقوانين الصادرة فى شأنها بالنسبة لمسائل الميراث (والوصية) ما لم يرد فيها نص خاص" [٥٤] ولكن النص حذف فى لجنة المراجعة ولم تشر المذكرة الايضاحية الى سبب حذفه إلا أنه من المفهوم أن مثل هذا القيد من المبادئ المسلمة وأنه لم يكن هناك داع للنص عليه إذ من المعلوم أن الحكم العام لا يمكن ان

---

(٥٢) من أنصار هذا الرأى - توفيق فرج - السابق ص٦٨ ، حسن كيرة - المدخل إلى القانون الطبعة الخامسة ١٩٧٤ ص٣٣٥ ، أحمد أبو الوفا - المرافعات المدنية والتجارية الطبعة الثالثة عشرة ١٩٨٠ ص٣٠٤ ، أحمد سلامة - الأحوال الشخصية للوطنيين غير المسلمين والأجانب ص٥٨ والذى يذهب إلى أبعد من ذلك فيقرر أن "حكم القانون ٢٥ لسنة ١٩٤٤ يعتبر مثالا فريدا لقاعدة آمرة يجوز مخالفة حكمها بالاتفاق"

(٥٣) راجع فى هذا المعنى - حسن كيرة - السابق ص٣٣٥ وهو يتناول هذه المسألة عند الحديث فى قواعد الإلغاء الضمنى فى الحالة التى يتعارض فيها حكم قديم خاص وحكم جديد عام - راجع ايضا ص٣٣٤ ، وتجدر الإشارة الى أن الحكم العام هو الذى ينطبق فى جميع الفروض التى يتناولها هذا التشريع وبالنسبة لجميع الأشخاص ، أما الحكم الخاص فهو الذى ينطبق فى بعض الفروض فقط أو بالنسبة لبعض الأشخاص - راجع - لبيب شنب - السابق ص٢٧.

(٥٤) راجع توفيق فرج - السابق ص٦٩ ويشير إلى المادة ١٣٠٧ من المشروع التمهيدى - الأعمال التحضيرية - جزء ٦ ص٢٠٥.

يلغى الحكم الخاص ويظل الحكم الخاص مطبقا إلى جانب الحكم العام باعتباره استثناء واردا عليه. (٥٥)

٣- لا عبرة بما جاء فى المذكرة الايضاحية من أن قانون ملة غير المسلمين لا يطبق حتى ولو إتفق جميع الورثة على تطبيقه لان المذكرة الايضاحية ليست لها صفة الزامية أمام ما يتضح من وجوب الأخذ بعكسها وفقا للقواعد العامة فى التفسير.(٥٦)

٤- أنه إذا كان من الجائز وفقا للشريعة الإسلامية التخارج وهو تصالح الورثة على إخراج بعضهم من الميراث على شئ معلوم ، فيجوز أيضا إتفاقهم على تطبيق شريعة المتوفى. (٥٧)

إلا أن هذا الرأى الثانى لا يمكن أن يصمد أمام الانتقادات التى توجه اليه:

١- لا مجال للقول بان حكم القانون المدنى هو حكم عام وأن القانون ٢٥ لسنة ١٩٤٤ يتضمن حكما خاصا وأن الحكم الخاص يقيد الحكم العام ، ذلك أن الالتجاء إلى مثل هذه الوسائل فى التفسير لا يكون إلا فى حالة غموض النص ، أما الحالة التى نحن بصددها فموقف المشرع واضح فهو أراد الغاء حكم قانون الميراث عند إصدار القانون المدنى ولا مانع إطلاقا من أن يلغى حكم خاص بواسطة حكم عام متى أراد المشرع ذلك. (٥٨)

---

(٥٥) راجع توفيق فرج - السابق ص٦٩ ، ٧٠.
(٥٦) راجع توفيق فرج - السابق ص٧٠.
(٥٧) راجع فى هذا المعنى - أحمد أبو الوفا - الاشارة السابقة.
(٥٨) راجع حسام الاهوانى - السابق ص٤٤.

٢- على فرض التسليم بمنطق الرأى الثانى فيما يتعلق بمسألة الحكم الخاص والحكم العام ، فإننا نلقى نظرة عابرة على قواعد الإلغاء الضمنى التى أستند إليها الرأى الثانى ، فالمادة ٢ من القانون المدنى تنص على أنه "لا يجوز إلغاء نص تشريعى إلا بتشريع لاحق ينص صراحة على هذا الإلغاء، أو يشتمل على نص يتعارض مع نص التشريع القديم ، أو ينظم من جديد الموضوع الذى سبق أن قرر قواعده ذلك التشريع".

ويتضح من هذا النص وجود حالتين من حالات الإلغاء الضمنى:

الأولى: التعارض بين التشريع الجديد والتشريع القديم:

ذلك أن تعارض أحكام التشريعين تجعل من المستحيل تطبيق أحكام كل منهما فى ذات الوقت [٥٩] وسوف نسلم - جدلا - مع أنصار الرأى الثانى بعدم وجود تعارض بين نص المادة ٨٧٥ مدنى ونص القانون ٢٥ لسنة ١٩٤٤ ومعنى ذلك عدم توافر الحالة الأولى من حالات الإلغاء الضمنى.

الثانية: تنظيم التشريع الجديد للموضوع ذاته الذى ينظمه التشريع القديم:

فقد يحدث أن يصدر المشرع تشريعا ينظم موضوعا معينا ينظمه تشريع قديم قائم ومعمول به من قبل ولا يصرح المشرع بإلغاء التشريع القديم ولا يكون هناك تعارض بين أحكام التشريع القديم والجديد ، ومع ذلك فلا شك أن المشرع باصداره التشريع الجديد قد قصد أن يطبق هذا التشريع وحده إذ لا يتصور أن يطبق تشريعان ينظمان موضوعا واحدا فى ذات الوقت ، ولذلك يعتبر التشريع القديم ملغيا بصدور التشريع الجديد ، ويلاحظ أن التشريع

---

(٥٩) راجع - لبيب شنب - السابق ص٢٧٠.

الجديد فى هذه الصورة يلغى التشريع القديم ولو لم يكن هناك تعارض بين أحكامهما. (٦٠)

ومن الواضح أن المادة ٨٧٥ من القانون المدنى قد نظمت من جديد نفس الموضوع الذى نظمه القانون ٢٥ لسنة ١٩٤٤ وهو "بيان القانون واجب التطبيق فى مسائل المواريث" (٦١) فيصح القول بأن المادة ٨٧٥ من القانون المدنى قد ألغت الحكم الوارد بالقانون ٢٥ لسنة ١٩٤٤.

٣- ينتقد هذا الرأى استناد الرأى الأول للمذكرة الايضاحية بحجة أنها غير ملزمة بينما يستند أنصاره الى المشروع التمهيدى وهو أيضا غير ملزم ، بل أننا نرى هنا أن المذكرة الايضاحية أقوى فى الدلالة من المشرع التمهيدى إذ أنها تستند إلى نص موجود بالفعل هو نص المادة ٨٧٥ من القانون المدنى بينما يستند المشروع التمهيدى الى نص تم العدول عنه ولم يرد فى نصوص القانون المدنى عند صدوره.

٤- تقضى القاعدة الأصولية أن إعمال النص خير من إهماله وأن المشرع منزه عن اللغو ، ونتساءل هنا: ما هو الجديد الذى جاءت به المادة ٨٧٥ من القانون المدنى؟

لقد كان نص القانون ٢٥ لسنة ١٩٤٤ حاسما فى أن تعيين الورثة يرجع فيه إلى أحكام الشريعة الإسلامية ، فلا يتمتع الشخص بصفة الوارث إلا إذا كان وارثا وفقا للشريعة الإسلامية ويتضح ذلك من عبارة "جاز لورثته فى حكم الشريعة الإسلامية" ، أما نص المادة ٨٧٥ من القانون المدنى فقد تضمن أن هناك مسائل عديدة تخضع للشريعة الإسلامية وهى:

---

(٦٠) راجع - لبيب شنب - السابق ص ٢٧٤.
(٦١) والوصايا أيضا.

أ- تعيين الورثة

ب- تحديد أنصبة الورثة.

جـ- انتقال أموال التركة الى الورثة.

والأمرين الأخيرين لم يتضمنهما نص القانون ٢٥ لسنة ١٩٤٤ فكان يجوز الاتفاق بشأنهما على تطبيق شريعة المورث. ويحق لنا أن نتساءل: ما هى فائدة النص على المسألتين الاخيرتين اللتان خصهما نص المادة ٨٧٥ بالذكر إذا كان نص القانون ٢٥ لسنة ١٩٤٤ ما زال معمولا به؟

الإجابة: أنه لا تكون هناك أية فائدة لذلك إذا ظل القانون ٢٥ لسنة ١٩٤٤ معمولا به وهو ما لا يجوز القول به وإلا كان فى ذلك إهدار للأحكام الجديدة التى جاءت بها المادة ٨٧٥ من القانون المدنى.

٥- أن قياس الإتفاق على تطبيق الشريعة الخاصة بالمتوفى على التخارج المعروف فى الشريعة الإسلامية هو قياس مع الفارق لأن التخارج لا يتم إلا بعد ثبوت الحق فى الميراث وظهور نصيب الوراث ولو مجملا فيعد من قبيل التصرف المألوف فى مال مملوك للوارث أما الإتفاق على تطبيق شريعة المورث فيكون سابقا على ظهور نصيب الوارث فلا يتصور القول بتماثل الحالتين.

٦- تقضى القاعدة الأصولية بان الاستثناء لا يقاس عليه ولا يتوسع فى تفسيره والأصل فى التشريعات المعاصرة هو سريانها على جميع مواطنى الدولة والأستثناء هو تعدد التشريعات فإذا وجد رأيان يرجح أحدهما الأصل ويرجح الآخر الاستثناء فان الانضمام الى الرأى الذى يرجح الأصل يكون أولى ، خاصة وأن المشرع لو كان يرغب فى وضع استثناء

على الحكم الوارد بالمادة ٨٧٥ من القانون المدنى لما أعوزه النص على ذلك.

٧- أن الفائدة العملية لجواز الاتفاق على تطبيق شريعة المورث هو إختلاف أنصبة الورثة عن أنصبتهم التى تعطيها لهم الشريعة الإسلامية ويحق لنا أن نتساءل هل هناك أى مانع من أن يتنازل صاحب النصيب الأكبر وفقا للشريعة الإسلامية عن بعض المال الذى آل إليه عن طريق الميراث إلى غيره من الورثة بعد ذلك؟ (٦٢)

لكل ما تقدم من أسانيد فإننا ننضم الى الرأى الأول ، ومن الناحية العملية فقد استقر قضاء محكمة النقض على الأخذ بالرأى الأول فقررت أنه لما كان الحكم المطعون فيه قد أنتهى إلى هذه النتيجة .... وأخضع توزيع تركته لحكم المادة ٨٧٥ من القانون المدنى التى تقضى بسريان أحكام الشريعة الإسلامية والتقنينات المستمدة منها على جميع المصريين مسلمين أو غير مسلمين فى شأن المواريث فإنه لا يكون قد خالف القانون"(٦٣) وتواتر قضاؤها على ذلك فقضت فى حكم أحدث بان "الشريعة الإسلامية والقوانين الصادرة فى شأنها هى الواجبة التطبيق فى مسائل المواريث المتعلقة بالمصريين غير المسلمين داخلا فى نطاقها تعيين الورثة وتحديد أنصبائهم فى الأرث وانتقال التركة إليهم" (٦٤)

ونكرر هنا أن ما قلناه بشأن المواريث يطبق بشأن الوصية طالما أن المادة ٩١٥ من القانون المدنى تنص أيضا على أن "تسرى على الوصية أحكام الشريعة الإسلامية والقوانين الصادرة فى شأنها".

---

(٦٢) راجع فى هذا المعنى - إيهاب إسماعيل - السابق ص٧٧.
(٦٣) نقض ١/ ٤/ ٦٤ فى الطعن رقم ٨٦ لسنة ٢٧ ق - مجموعة س ١٥ ص ٤٨٦.
(٦٤) نقض ٥/ ٢ / ٨٤ فى الطعن رقم ١٣٩٢ لسنة ٥٠ ق مجموعة س ٣٥ ص٣٨٠.

ونشير هنا إلى أن دعوى النسب بالنسبة لغير المسلمين تخضع هى الأخرى لأحكام الشريعة الإسلامية إذا كانت متعلقة بمسألة من مسائل الميراث بحيث يكون الفصل فى ثبوت النسب مسألة أولية فى دعوى الميراث ، فالمادة ٨٧٥ من القانون المدنى تنص على أن "تعيين الورثة .... تسرى فى شأنه أحكام الشريعة الإسلامية ...." ومن الواضح أن ثبوت النسب أو عدمه يترتب عليه بصفه تلقائية تحديد ما إذا كان الشخص وارثا أم غير وارث ، ويختلف الأمر إذا كانت دعوى النسب مستقلة عن مسألة الميراث كما إذا رفعت من الابن أثناء حياة الاب وهنا يمكن خضوعها للشريعة الخاصة بغير المسلمين إذا توافرت شروط تطبيقها (٦٥) وهو ما قضت به محكمة النقض.(٦٦)

ونستكمل الآن باقى المسائل التى صدر بشأنها تشريع موحد بالنسبة لجميع المصريين.

---

(٦٥) راجع – توفيق فرج – السابق ص٧٤٤.

(٦٦) نقض ١٩/ ٦/ ٦٣ فى الطعن رقم ٤٠ لسنة ٢٩ ق – مجموعة س ١٤ ص٨٤٣ وجاء به "دعاوى الارث بالنسبة لغير المسلمين من المصريين كانت من إختصاص القضاء الشرعى يجرى فيها على وفق أحكام الشريعة الإسلامية وان دعوى النسب بعد وفاة المورث لا يمكن رفعها استقلالا بالنسبة للنسب وحده بل يجب أن تكون ضمن دعوى حق فى التركة يطلبه المدعى مع الحكم بثبوت نسبه مما ينبنى عليه أن إختصاص القضاء الشرعى دون سواه فى دعوى الارث بالنسبة لغير المسلمين وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة يستتبع حتما إختصاصه بدعوى النسب عملا بقاعدة ان قاضى الاصل هو قاضى الفرع أما القول بفصل دعوى النسب عن دعوى الميراث وجعل الأولى وحدها من إختصاص المجلس الملى لا القضاء الشرعى فلا مجال له لانه إذا اعتبر ثبوت النسب مسألة أولية يجب الفصل فيها أولا من المجالس الملية فان دعوى الميراث لا تكون إلا مجرد تقسيم للتركة وهذا لا يقتضى الالتجاء الى القضاء".

ثانيا: الأهلية : وما يتصل بها من انظمة خاصة بحماية عديمى وناقصى الأهلية :

تنظم هذه المسائل قوانين موحدة بالنسبة لجميع المصريين نظرا للصلة الوثيقة لهذه المسائل بالمعاملات حتى لا يكون تعدد التشريعات فيها مبعثا للأضطراب وعدم الاستقرار فى المعاملات [٦٧] وقد وردت بعض هذه القواعد فى القانون المدنى (المواد ١٠٩ - ١١٩) ويكملها تفصيلا المرسوم بقانون رقم ١١٩ لسنة ١٩٥٢ والخاص باحكام الولاية على المال والذى تضمن بين نصوصه أيضا القواعد التى تنظم حالة الغيبة (المواد من ٧٤ - ٧٦).

ثالثا: أحكام المفقود:

نصت المادة ٣٢ من القانون المدنى على أن "يسرى فى شأن المفقود والغائب الاحكام المقررة فى قوانين خاصة ، فإن لم توجد فاحكام الشريعة الإسلامية". وهكذا تطبق بالنسبة للمفقود النصوص الواردة بالقانون ٢٥ لسنة ١٩٢٠ (م ٨) والقانون ٢٥ لسنة ٢٩ المعدل بالقانون رقم ٣٣ لسنة ١٩٩٢ (م ٢١ - ٢٢) فان عرضت مسألة بشأنه لم يرد فيها نص مما سلف طبقت أحكام الشريعة الإسلامية. [٦٨]

---

(٦٧) راجع حسام الاهوانى ص٤٦.

(٦٨) ونلاحظ أن بعض الفقه يتحدث بعد ذلك عن الهبة باعتبارها المسألة الرابعة من المسائل التى توحدت فى التطبيق بالنسبة لجميع المصريين وذلك بتنظيمها بالمواد ٤٨٦ - ٥٠٤ من القانون المدنى - على سبيل المثال - توفيق فرج السابق ص٩٦ ، حسام الاهوانى - السابق ص٤٧ ، عبد العزيز المرسى - السابق ص٤٢ - وقد يوحى هذا المنهج فى عرض مسألة الهبة بأن سبب عدم تطبيق الشرائع الدينية الخاصة بشأن الهبة يرجع الى قيام المشرع بتنظيمها بقواعد موحدة بالنسبة لجميع المصريين ، وليس هذا هو السبب فى واقع الأمر ، فسبب عدم خضوع الهبة للشرائع الدينية الخاصة هو أن الهبة قد حسم أمرها باعتبارها من الاحوال العينية وليس من الاحوال الشخصية وهو ما يتضح =

وهكذا تكون مسائل الاحوال الشخصية التى تتعدد بالنسبة لها الشـرائع ويتصور فيها تطبيق الشرائع الدينية الخاصة هى تلك المسائل المتصلـة بنظـام الأسرة من زواج وطلاق وما يتصل بهما.

المطلب الثالث

أن يكون اطراف العلاقة من المصريين غير المسلمين (٦٩)

نصت المادة ٦ من القانون رقم ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥ فـى فقرتهـا الثانيـة علـى أنـه "أمـا بالنسبة للمنازعـات المتعلقـة بـالاحوال الشـخصية للمصرييـن والمتحدى الطـائفة والملة الذين لهم جهات قضائية مليـة منظمـة وقـت صـدور هذا القانون فتصدر الاحكام – فى نطاق النظام العام – طبقا لشريعتهم".

ويتضح من هذا النص أنه لكى يقوم التنازع الداخلى بين الشرائع لابـد أيضا أن يكون اطراف العلاقة من غير المسـلمين فـان كـانوا – جميعـا أو أى منهم –من المسلمين فلا يثور التنازع لان الشريعة الإسلامية هى التى تختص فقط بحكم العلاقة اما إذا كانوا جميعا من غير المسلمين فيمكن تطبيق الشريعة الطـائفية إذا توافرت باقى الشروط التى تطلبهـا القـانون ولذلـك يـلزم أن تحـدد المقصود بغير المسلمين ثم نتناول بالحصر طوائف غير المسلمين فى مصر.

= من المادتين ١٣ ، ١٤ من قانون نظام القضاء رقم ١٤٧ لسنة ١٩٤٩ السابق الاشـارة إليهما ومن تنظيم القانون المدنى للهبة فى مكانها الطبيعى بين العقود المسماة .

(٦٩) يلاحظ انه بالنسبة للاجانب فان قانونهم الشخصى هو الذى يطبق عليهم بصفة عامـة وفقا لقواعد الاسناد فى القانون المدنى المصـرى – راجـع المـواد ١٢ – ١٧ مـن القـانون المدنى ، فإذا ظهر ان الدولة التى سيطبق قانونها تتعدد فيها شرائع الأحوال الشخصية فـان قانون هذه الدولة هو الذى يقرر أيه شريعة من هذه الشـرائع هـى التـى تطبـق راجـع م٢٦ من القانون المدنى.

الفرع الأول

المقصود بغير المسلمين أصحاب الديانات السماوية فقط

يبدو من الناحية العملية أن نص المادة ٦/ ٢ من القانون ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥ لا يتصور ان يقصد سوى اليهود والمسيحيين فقط إذ ان المادة المذكورة قد أشترطت ان يكون لغير المسلمين جهات قضائية ملية منظمة وقت صدور القانون المذكور وغنى عن البيان ان الجهات القضائية التى كانت موجودة وقت صدور القانون كانت خاصة باليهود والمسيحيين دون غيرهم ، وهكذا نرى من الناحية العملية أنه لن تطرح اطلاقا - فى ظل النص السالف الذكر - مسألة تطبيق شريعة دينية بخلاف شرائع المسيحيين واليهود (٧٠)

هذا فيما يتعلق بالشرائع الدينية التي يتصوران تطبق بخلاف الشريعة الإسلامية ولكن نلاحظ أيضا ان الاعتراف بديانات أخرى خلاف اليهودية والمسيحية له نتيجة عملية أخرى ، فسوف نرى أن تغيير العقيدة (الديانة أو الملة أو الطائفة) يؤدى أحيانا الى تغيير القانون الواجب التطبيق فإذا اختلف الاطراف فى الديانة أو الملة أو الطائفة فإن ذلك يؤدى الى تطبيق الشريعة الإسلامية وليس الشريعة الطائفية ، وعلى ذلك فلو تم الاعتراف بديانة خلاف اليهودية والمسيحية وكان اطراف المنازعة من المسيحيين متحدى الملة والطائفة فان اعتناق احد الزوجين لهذه الديانة - غير المسيحية واليهودية - سوف يؤدى الى تطبيق الشريعة الإسلامية باعتبار ان الزوجين قد أصبحا

---

(٧٠) قرب: توفيق فرج - السابق ص١٠٤ هامش (١).

مختلفين فى الديانة ولن يكون من الجائز تطبيق شريعة الطائفة المسيحية التى كان الزوجان ينتميان اليها.

وقد استقر الفقه والقضاء فى مصر على أن النظام العام فى مصر لا يعترف سوى بالاديان السماوية الثلاث وهى الإسلام واليهودية والمسيحية لذلك يخرج من المعنى المقصود بغير المسلمين الاشخاص الذين يدينون بغير المسيحية واليهودية مثل البوذية أو الهندوسية أو اصحاب الملل المنحرفة مثل البهائية وكذلك الملحدون ولا يخرج أمر هؤلاء جميعا عن حالتين: (٧١)

الأولى: الا يكون قد سبق للشخص اعتناق ديانة سماوية وهنا تطبق احكام الشريعة الإسلامية ولا يعنى ذلك أن يكون زواجهم صحيحا إذا تم وفقا للشريعة الإسلامية ولكن نقصد بذلك تطبيق حكم الشريعة الإسلامية فيهم وهو أنه يشترط لصحة الزواج أن يكون للزوجين ملة يقران عليها فإذا لم تكن لاى منهما ديانة معترف بها فلا يجوز زواجه أصلا بمسلم أو غير مسلم أو كافر مثله (٧٢) ولو فرض جدلا وكانت لهم شريعة خاصة فان النظام العام فى مصر لا يعترف بها. (٧٣)

---

(٧١) راجع حسام الاهوانى - السابق ٤٩ وما بعدها.
(٧٢) راجع حكم محكمة الرمل الجزئية فى ١١/ ٨/ ٥٨ فى القضية رقم ٨٧٥ لسنة ١٩٥٧ وجاء فيه "ان البهائية ليست من الاديان المعترف بها فعقد زواج البهائية باطل فى نظر الشريعة الإسلامية لانه يشترط فى عقد الزواج ان يكون للزوجين ملة يقران عليها فقد ذكر فى الجزء الثانى من كتاب البدائع ص ٢٧٠ وفيها ان يكون للزوجين ملة يقران عليها فان لم يكن بان كان احدهما مرتدا لا يجوز نكاحه أصلا لا بمسلم ولا بكافر والبهائيون فى مصر ليس لهم كيان قانونى ولذا لم تعترف الدولة بزواجهم واعتبرت هذا الزواج باطلا لمخالفته للنظام العام واعتبرت العلاقة الزوجية بينهما علاقة غير شرعية" أورده صالح حنفى - المرجع فى قضاء الاحوال الشخصية - الجزء الثانى (بعد توحيد القضاء) - الطبعة الاولى ١٩٥٨ ص٢٣٦.
(٧٣) راجع - حسام الاهوانى - السابق ص٤٩.

والثانية: أن يسبق للشخص اعتناق اليهودية أو المسيحية ثم يعتنق ديانة غير سماوية ويستوى ذلك مع الالحاد ، وقد عرضت هذه الحالة على القضاء فى مصر وتتحصل وقائع القضية فى أن إحدى المصريات وتنتمى هى وزوجها لطائفة الروم الكاثوليك - وكان ينبغى لذلك أن تطبق عليهما شريعتهما الخاصة - قد رفعت دعوى تطليق من زوجها وادعت فى عريضة دعواها أنها قد اعتنقت العقيدة الفرعونية ، وهكذا فانها تكون قد اختلفت مع زوجها ديانة فتصبح الشريعة الإسلامية واجبة التطبيق عليهما لاختلافهما فى الديانة ، وقد رفضت المحكمة الاعتراف باى أثر يترتب على ما ادعته الزوجة من اعتناقها للعقيدة الفرعونية وجاء فى حكمها "أنه لا يمكن القول بأن ملتها - أى الزوجة - قد اختلفت مع ملة زوجها الكاثوليكى أو أن ديانتها أصبحت غير ديانته إلا إذا اتجهت إلى ديانة أخرى من الأديان السماوية واعتنقتها ، لان المفاضلة بين الأديان واختيار احدها مع الإيمان بالله ليس كالالحاد ...... وأن الذى ينبنى على ذلك وعلى أن الالحاد ليس بديانة أن تبقى المدعية على ديانتها حتى تختار ديانة اخرى ، والثابت باقرارها أنها تنتمى إلى طائفة الروم الكاثوليك وهى الطائفة التى ينتمى المدعى عليه إليها .... فإن شريعة الروم الكاثوليك تكون هى الواجبة التطبيق". (٧٤)

---

(٧٤) حكم محكمة القاهرة الابتدائية فى ١٣/ ٥/ ١٩٥٨ فى القضية رقم ١٩٥٧ وقد أورده أحمد رفعت خفاجى ورابح لطفى جمعة - قضاء الاحوال الشخصية ١٩٦٠ ص١٨٧ رقم ١١ وقد جاء بحكمها أيضاً" انه لا شك ان لكل انسان الحق فى حرية العقيدة والاعتقاد ، ذلك لانه ليس لانسان ان يتدخل فى عقله وتفكيره ، على ان الحس والعقل والوعى والبديهة جميعا تستقيم على الايمان بالذات الالهية ، وان هذا الإيمان الرشيد هو خير تفسير لسر الخليقة يفعله المؤمن ويدين به المفكر ويتطلبه العقل السليم ، والإيمان بالله يقتضى الانتساب الى دين من الاديان السماوية وهى الإسلام والمسيحية واليهودية ، والعالم المتمدين كله يقوم على ان يعتنق الفرد المؤمن دينا من هذه الاديان ، لان الانسان غير المؤمن هو الشذوذ ، وليس هو القاعدة فى الحياة الإنسانية وفى الظواهر الطبيعية ، والبلاد المتمدينة كلها قد أسست شرائعها فى مسائل الاحوال الشخصية على أسس فى-

وقد انتقد البعض هذا الحكم على أساس أن حرية العقيدة ليست مقيدة بالاديان السماوية فقط ويقرر "أن المحكمة قد زجت نفسها فى مسائل لا تدخل فى حدود مهمتها إذ المعلوم أن حرية العقيدة مكفولة للجميع ولم تقيد هذه الحرية بضرورة أن تكون العقيدة سماوية ، كما أن أحدا لم يطلب أن تطبق شريعة الالحاد وان كل ما يترتب عليه هو تطبيق الشريعة الإسلامية". (٧٥)

إلا أننا نرجح ما ذهبت إليه المحكمة ونؤيد الفقه القائل بان القانون المصرى لا يعترف الا بالاديان السماوية ولا يقر الالحاد – وتستوى معه الاديان غير السماوية – والدليل على أن الدستور فى إقراره لحرية العقيدة لا يقر الالحاد ، أن الدساتير الاجنبية التى أرادت ان تقر الإلحاد قد نصت على ذلك صراحة فالمادة ١٢٤ من الدستور السوفيتى الصادر فى ١٩٣٦ بعد أن اقرت مبدأ حرية العقيدة أوضحت صراحة أن لكل مواطن الحرية فى القيام بدعاية ضد الأديان وهو ما لم يسمح به الدستور المصرى. (٧٦)

ويترتب على عدم الاعتداد بالاديان غير السماوية والالحاد عدم ترتيب أى آثار قانونية تترتب على الالحاد أواعتناق دين غير سماوى والا كان ترتيب أى أثر على ذلك من قبيل الاعتراف بالدين غير السماوى أو الالحاد ، وعلى هذا فالقول بتطبيق أحكام الشريعة الإسلامية بدلا من الشريعة

=الغالب من الدين الذى يدين به مجموع أفرادها ، فهى لا تقر الالحاد ولا تعترف به ولا تجعل لها شريعة تطبق على الملحدين ولا تعتبر الالحاد ديانة لها أصول وقواعد ، لان الالحاد والكفر بالله وبالأديان شذوذ وانحراف الى غير العقل والوعى ، فان ابيح للانسان ان يكفر بالله عقلا وعقيدة ، فان هذا الكفر ليس له ولا يمكن ان يكون له أو تجعل الدولة له مظاهر خارجية أو تسمح باعلانه وإنشاء معابد للملحدين لانه مما يمس الوعى السليم والنظام العام"

(٧٥) أحمد سلامة – الاحوال الشخصية للوطنيين غير المسلمين والاجانب – ص٢٠٨ ، ٢٠٩ هامش (٢) وفى ذات المعنى – توفيق فرج – السابق ص١٠٤ هامش (١).

(٧٦) راجع – حسام الاهوانى – السابق ص٤٩ ، ٥٠ ، ٥١

المسيحية في حالة الزوجة التي اعتنقت دينا غير سماوي أو ألحدت ينطوي بطريقة ضمنية على نوع من الاعتراف بذلك ، فكيف تستبعد الشريعة المسيحية وهي دين سماوي لاعتناق الزوجة دينا غير سماوي.(٧٧)

وقد أخذت محكمة النقض بهذا الرأي وقررت أن "الشرائع الخاصة أو الطائفية هي القواعد الدينية التي تحكم مسائل الأحوال الشخصية بالنسبة للمصريين غير المسلمين الذين يدينون بدين سماوي" (٧٨)

الفرع الثاني

طوائف غير المسلمين في مصر

أولا: الطوائف المسيحية:

تنقسم الديانة المسيحية في مصر – وفي العالم بصفة عامة – إلى ثلاثة مذاهب أو ملل رئيسية هي الارثوذكسية والكاثوليكية والبروتستانتية. (٧٩)

---

(٧٧) راجع – حسام الاهواني – السابق ص٥٢

(٧٨) نقض ٢٦/ ٤/ ١٩٧٨ في الطعن رقم ٢٣ لسنة ٤٦ ق – مجموعة س ٢٩ ص١١٣٧.

(٧٩) يمكن القول ان المسيحية قد ظلت متحدة في سائر عقائدها حتى القرن الخامس الميلادي حيث ظهرت بعض المذاهب التي لم يكتب لها البقاء طويلا ، وقد بدأ الانقسام بعد ذلك نتيجة للخلاف حول طبيعة المسيح ، فقد كان السائد من قبل ان للمسيح طبيعتين الهية وبشرية ثم ظهرت دعوة الى طبيعة واحدة للمسيح وقد إتبع أهل الشرق (أقباط مصر، الأرمن ، السريان) مذهب الطبيعة الواحدة بينما إتبع الغربيون مذهب الطبيعتين ، وعندما صدر قرار مجمع خلقيدونية سنة ٤٥١ الذي أعتنق مذهب الطبيعتين وتم عزل بطريرك الاسكندرية انتهز المصريون الفرصة واعلنوا انفصال كنيستهم عن كنيستي الغرب (روما والقسطنطينية) ومنذ ذلك عرفت الكنيسة المصرية بالكنيسة القبطية الارثوذكسية ، ولما انفصلت الكنيسة المصرية ، استقلت بامورها الدينية والادارية ، وجعلت لغة العبادة في كنائسها اللغة القبطية بعد ان كانت اليونانية ، واتخذت الرئاسة الدينية مقرها في الاسكندرية ، ثم دب الخلاف بعد ذلك بين الكنيستين الغربيتين في روما والقسطنطينية بسبب رغبة كل منهما في ان تكون لها الزعامة الدينية للعالم المسيحي فانفصلت الكنيستان عام ١٠٥٤ وغلبت تسمية الارثوذكس على جميع الشرقيين واختص-

فتنطوى تحت لواء المذهب الارثوذكسى الطوائف التالية:(٨٠)

١- طائفة الاقباط الارثوذكس: وهم من أصل مصرى.

٢- طائفة الارمن الارثوذكس: وهم من أصل أرمنى.

٣- طائفة السريان الارثوذكس: وهم من أصل سورى.

٤- طائفة الروم الارثوذكس: وهم من أصل يونانى فى غالبيتهم.(٨١)

كما تنطوى تحت لواء المذهب الكاثوليكى الطوائف التالية:(٨٢)

١- الاقباط الكاثوليك.

٢- الأرمن الكاثوليك.

٣- السريان الكاثوليك.

٤- الروم الكاثوليك.

ويتفقون فى أصولهم مع الطوائف الارثوذكسية سالفة الذكر ويضاف اليهم:

=الغربيون اتباع كنيسة روما بتسمية الكاثوليك - راجع تفصيلا - أحمد صفوت - قضاء الأحوال الشخصية للطوائف الملية - الطبعة الثانية ١٩٤٨ - ص٥٣ ، ٥٤ ، ٥٥ وأيضا توفيق فرج - السابق ص١٠٦ ، وفى القرن السادس عشر ظهر مذهب ثالث هو المذهب البروتستانتى الذى ظهر فى المانيا على يد مارتن لوثر وانتشر فى الشرق عن طريق الارساليات الامريكية وهو مذهب لا يعترف برئاسة دينية ولا يرى فى رجال الدين وعلى رأسهم البابا الارجالا عاديين لا يملكون منح الغفران وانما يمنح الله الغفران لمن تاب وندم على خطيئته ويبيح هذا المذهب لكل فرد أن يفسر الكتاب المقدس بنفسه - راجع توفيق فرج - السابق ص١١٠.

(٨٠) راجع توفيق فرج - السابق ص١١٥ وما بعدها.

(٨١) وهو يعتقدون بالطبيعتين بخلاف باقى طوائف الارثوذكس - راجع تفصيلا أحمد صفوت السابق ص٦٥ ، ٦٦

(٨٢) راجع توفيق فرج السابق ص١١٧.

٥- الموارنة الكاثوليك: من أصل لبنانى.

٦- الكلدان الكاثوليك: من أصل عراقى.

٧- اللاتين الكاثوليك: من أصول أوربية.

أما البروتستانت فقد استقر الأمر من الناحية القانونية على اعتبارهم طائفة واحدة فى مصر هى طائفة الانجيليين الوطنيين رغم تعدد طوائفهم من الناحية الواقعية وجرى قضاء محكمة النقض على "أن المشرع قد اعتبر اتباع المذهب البروتستانتى فى مصر طائفة واحدة عرفت بطائفة الانجيليين دون أن يكون لتعدد شيع وفرق وكنائس هؤلاء أى أثر فى تنظيم شئونهم القانونية"(٨٣) وتستند محكمة النقض الى المادة الثانية من الأمر العالى لخديو مصر والصادر فى أول مارس ١٩٠٢ بشأن الانجيليين الوطنيين (٨٤) والتى تنص على أن "لا تعتبر بصفة كنيسة إنجيلية معترف بها إلا التى يكون الاعتراف بوجودها حصل طبقا لأمرنا هذا" والمادة الرابعة منه والتى نصت على أن "يشكل مجلس عمومى لطائفة الانجيليين الوطنيين يؤلف من مندوبين من الكنائس الانجيلية المعترف بها ...."

ثانيا: الطوائف اليهودية: (٨٥)

بدأت اليهودية كما بدأت المسيحية ملة واحدة جاء بها موسى عليه السلام وشريعتها التوراة ، وظل أبناء هذه الديانة وحدة واحدة من حيث المذهب حتى القرن الثامن الميلادى حينما إنقسموا وظهر مذهب جديد هو

---

(٨٣) نقض ٢٦/ ٤/ ٧٨ فى الطعن رقم ٢٣ لسنة ٤٦ ق مجموعة س ٢٩ ص١١٣٧ وأيضا نقض ٢٨/ ٣/ ٧٩ فى الطعن رقم ٢٩ لسنة ٤٧ ق - مجموعة س٣٠ ص٩٦٨ وأيضا نقض ٩/ ٤/ ١٩٨٥ فى الطعن رقم ٤١ لسنة ٥٤ ق - مجموعة س٣٦ ص٥٨٣.

(٨٤) محيط الشرائع - المجلد الثالث ص٢٨٨٢.

(٨٥) راجع تفصيلا - توفيق فرج - السابق ص١١٢ وما بعدها.

مذهب القراءين الى جانب المذهب الاصلى وهو مذهب الربانيين الذى يضم غالبية اليهود ومنشأ الخلاف بين الطائفتين هو "التلمود" وهو عبارة عن الاحكام الزائدة عما ورد فى التوراة.

فالربانيون يعتقدون بالتوراة والتلمود ويقولون أن الله لم ينزل على موسى التوراة وحدها بل أنزل عليه أحكاما أخرى أمره ألا يكتبها وأن يبلغها شفويا ، وقد ظلت هذه الأحكام غير مدونة فترة من الزمن حتى دونت فيما يسمى بالتلمود ، أما القراءون فهم طائفة خرجت على التوراة الثانية ولا يعتقدون الا بالتوراة الاصلية فقط [٨٦] ويذهبون الى أن الله سبحانه وتعالى لم ينزل على موسى عليه السلام غير التوراة.

وقد ظل القراءون مذهبا واحدا أما الربانيون فقد انقسموا الى طائفتين هما: "الاشكينا زيم" وتضم يهود الغرب" و"السفاراديم" وهم يهود الشرق ولم يكن لهذا الانقسام أثر فى مصر حيث لم يعترف فيها سوى بمذهبين رئيسيين لليهود هما مذهب القراءين ومذهب الربانيين.[٨٧] [٨٨]

---

(٨٦) وقد سموا كذلك لاعتقادهم فيما يقرأ فقط وهو التوراة دون التلمود ولذلك فانهم لا يتبعون التلمود ويرجعون فقط لنصوص التوراة وحدها ويستعملون بجانبها القياس والاجماع وهم فى ذلك مجتهدون غير مقيدين بالتلمود كما هو الشان بالنسبة للربانيين – راجع توفيق فرج ص١١٤ ، ١١٥

(٨٧) وعلى ذلك فاليهود فى مصر ينقسمون الى ملل أو مذاهب فقط ولا تنقسم مذاهبهم الى طوائف وهو الحال كذلك بالنسبة للبروتستانت – راجع فى هذا المعنى – توفيق فرج – السابق ص١١٥ وحسام الاهوانى – السابق ص٦٦

(٨٨) وفى ظل التعداد السابق يتصور من الناحية القانونية ان تطبق فى مصر أربعة عشر شريعة دينية خاصة بغير المسلمين منها أربعة للارثوذكس وسبعة للكاثوليك وواحدة للبروتستانت وإثنتان لليهود.

المبحث الثاني

المرحلة الثانية

التحقق من توافر شروط تطبيق شريعة غير المسلمين

وهكذا بعد أن يتحقق القاضى من إمكانية تطبيق الشريعة الدينية الخاصة من حيث المبدأ وذلك إذا توافرت حالة التنازع بين الشرائع ، فعليه أن ينتقل الى المرحلة الثانية ليتحقق من توافر شروط تطبيق الشريعة الخاصة التى تطلبتها المادة: ٦/ ٢ من القانون ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥ فإذا توافرت هذه الشروط طبقت الشريعة الخاصة وإذا تخلفت طبقت الشريعة الإسلامية ، وهذه الشروط هى:

١- إتحاد الاطراف دينا وملة وطائفة.

٢- وجود جهة قضاء ملى منظمة للطائفة وقت صدور القانون ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥.

٣- عدم تعارض القاعدة المطبقة مع النظام العام فى مصر.

المطلب الأول

إتحاد الأطراف دينا وملة وطائفة (٨٩)

يقصد بالدين "الرسالة التى يوحى بها من السماء إلى الارض وذلك عن طريق نبى من الانبياء" أما الملة (أو المذهب) فهى طريقة معينة أو وسيلة معينة لفهم أحكام الديانة" (٩٠) "ويقصد بالطائفة ذلك الفريق من الناس الذين يجمعهم رباط مشترك من الجنس أو اللغة أو العادات تؤمن بدين معين وتعتنق مذهبا أو ملة واحدة" (٩١)

ويتضح من نص المادة ٦/ ٢ سالفة الذكر أنه لكى تطبق الشريعة الخاصة على زوجين مسيحيين مثلا فيجب أن يتحدا فى الملة (الارثوذكسية) والطائفة (القبطية مثلا) فإذا كان الزوج مسيحيا أرثوذكسيا من طائفة الروم والزوجة مسيحية أرثوذكسية من طائفة الأقباط فان الشريعة الإسلامية هى التى تطبق وكذلك الحال لو كان الزوج مسيحيا أرثوذكسيا والزوجة مسيحية كاثوليكية ومن باب أولى لن تطبق الشريعة الخاصة لو كان الزوج مسيحيا والزوجة يهودية.

والحكمة من هذا الشرط هو ان توجد قواعد قانونية موحدة بين الخصوم أطراف النزاع ، ففى حالة الاختلاف فى الملة أو الطائفة (أو الدين من باب أولى) فلن توجد قواعد موحدة تسرى على الطرفين (٩٢) فيجب العودة للقاعدة العامة وتطبيق الشريعة الإسلامية.

---

(٨٩) راجع تفصيلا – حسام الاهوانى – السابق ص٧٠ وما بعدها.
(٩٠) راجع حسام الاهوانى – السابق ص٧٠.
(٩١) نقض ٢٦/ ٤/ ١٩٧٨ فى الطعن رقم ٢٣ لسنة ٤٦ ق مجموعة س٢٩ ص١١٣٧.
(٩٢) حسام الاهوانى – السابق ص٧٠.

وسوف نتناول فى شرح هذا الشرط ما ذهب اليه بعض الفقه بشأن المقصود باتحاد الملة والطائفة ونقد هذا الرأى ثم نتناول مشكلة تغيير القانون واجب التطبيق تبعا لتغيير العقيدة ثم تناول موقف المشرع المصرى من هذه المشكلة ونوضح بعد ذلك كيفيه تغيير العقيدة من الناحية القانونية ونناقش أخيرا مسألة التعويض عن تغيير العقيدة.

الفرع الأول

رأى منتقد بشأن المقصود باتحاد الملة والطائفة

رغم صراحة نص المادة ٦/ ٢ من القانون ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥ فى اشتراط الاتحاد فى الطائفة لتطبيق الشريعة الخاصة بغير المسلمين ، إلا أن رأيا فى الفقه قد ذهب إلى الاكتفاء بالاتحاد فى الملة فقط لكى تطبق الشريعة الخاصة "وأن تحقيق مقاصد المشرع يحمل على القول بصرف معنى الاتحاد فى الطائفة والملة" إلى "الوحدة المذهبية" فيعتبر طرفا المنازعة متحدين طائفة وملة كلما انتميا الى وحدة مذهبية واحدة" (٩٣)

ويستند هذا الرأى الى الأسانيد التالية:

١- أن الاختلاف بين الشرائع يوجد بين المذاهب فقط وليس بين الطوائف التابعة لمذهب واحد "وأنه وإن كانت المذاهب الارثوذكسية تنقسم الى شيعتين دينيتين ، شيعة تعتقد بالطبيعتين وهي كنيسة الروم الارثوذكس

---

(٩٣) حلمى بطرس - أحكام الأحوال الشخصية للمصريين غير المسلمين - ملخص محاضرات القيت على طلبة السنة الثالثة بكلية الحقوق جامعة عين شمس ١٩٥٦ - ١٩٥٧ ص٤٥.

وشيعة تعتقد بالطبيعة الواحدة وهى باقى الطوائف الارثوذكسية (الاقباط والارمن والسريان) إلا أنه فيما عدا هذا الخلاف الدينى النظرى فإن الاحكام الموضوعية للزواج تكاد تكون واحدة فى هذه الكنائس جميعا" (٩٤) "ومما يجدر ملاحظته فى هذا الصدد أن المشرع المصرى اعتبر البروتستانت طائفة واحدة مع أنهم شيع متعددة".(٩٥)

٢- أن اشتراط اتحاد الطائفة يخالف الهدف الذى قصده المشرع من فكرة تطبيق الشرائع الدينية الخاصة إذ "أن المشرع حين نص على إخضاع علاقات الاحوال الشخصية لغير المسلمين "لأحكام شريعتهم" استهدف المساواة بين المصريين وكفالة حرية اعتقادهم الدينى فلا تتعدى أحكام ديانة الى غير أهلها. وواضح أنه لا يمكن - بغير خروج على هذه القاعدة- القول بان علاقة الزواج التى تقوم بين مصريين كاثوليكيين ينتمى كل منهما لطائفة تخضع لاحكام الشريعة الإسلامية بينما تحكم هذه العلاقة قواعد المذهب الكاثوليكى إذا كان الزوجان من طائفة واحدة. والحال أن الزوجين فى الحالة الأولى مثل الزوجين فى الحالة الثانية يدينان بعقيدة مذهبية واحدة ، وينضويان تحت رئاسة دينية واحدة ويخضع زواجهما من الناحية الدينية لاحكام دينية واحدة".(٩٦)

وقد أخذت محكمة القاهرة الابتدائية بهذا الرأى فى أحد أحكامها (٩٧)

---

(٩٤) حلمى بطرس - السابق ص٤٢.
(٩٥) حلمى بطرس - السابق ص٤٣.
(٩٦) حلمى بطرس - السابق ص٤٤.
(٩٧) حكمها الصادر فى ٢٥/ ٣/ ١٩٥٨ اورده صلاح الدين عبد الوهاب - مدونة الأحوال الشخصية لغير المسلمين مصريين وأجانب - ١٩٥٩ ص٦٣ وجاء به "أن المسيحيين الكاثوليك تحكمهم جميعا شريعة واحدة وهى القانون الكنسى الكاثوليكى ويتبعون رئاسة دينية واحدة وهى رئاسة البابا فى روما فلا يستقيم القول فى خصوصية هذه الدعوى بان الطرفين ينتميان الى طائفتين مختلفتين إذ المرجع فى النهاية من الوجهة-

إلا أن غالبية الفقه تنتقد هذا الرأى وذلك لما يلى:(٩٨)

١- أنه لا مجال للاجتهاد والبحث عن قصد المشرع إذا كانت عبارة النص واضحة لا تحتمل تأويلا (٩٩) والواضح من عبارة نص المادة ٦/ ٢ أنه قد اشترط الاتحاد فى الملة والطائفة فلا يكفى مجرد اتحاد الملة.

٢- أنه على فرض التسليم بجواز البحث عن قصد المشرع رغم وضوح عبارة النص ، فإن قصد المشرع فى القانون ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥ لا يمكن أن ينصرف الى توسيع نطاق تطبيق التشريعات الخاصة حيث أن الروح التى هيمنت عليه هى روح التوحيد وليس روح التعدد إذ وحد جهات القضاء ، حقيقة أنه لم يوحد التشريعات المطبقة ولكن على الأقل فإنه لن يوسع من نطاق التعدد أكثر مما كان قبل صدوره.(١٠٠)

فما هى الحال قبل صدور القانون ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥؟

"أن الرأى السائد فقها قبل صدور قانون توحيد جهات قضاء الأحوال الشخصية كان يرى أنه حيث يتحد المتنازعان ملة ويختلفان طائفة فان شرط إختصاص القضاء الدينى لا يتحقق ، وتصبح المحكمة الشرعية هى المختصة وتنطبق تبعا لذلك أحكام الشريعة الإسلامية" (١٠١)

وهذا ما قررته محكمة النقض صراحة إذ ذكرت فى هذا الشأن أن

-الدينية الى شريعة طائفة الكاثوليك الواجبة الانطباق فى نطاق النظام العام والقول بخلاف ذلك يؤدى الى انطباق الشريعة الإسلامية على زوجين كاثوليكيين وهى شريعة تختلف اختلافا كليا عن شريعة الطرفين الموحدة".

(٩٨) راجع فى نقد هذا الرأى - أحمد سلامة - السابق ص٢٠٢ وما بعدها.

(٩٩) قرب - لبيب شنب - السابق ص٢٠٢.

(١٠٠) راجع فى هذا المعنى - حسام الأهوانى - السابق ص٩٥.

(١٠١) احمد سلامة - السابق ص٢٠٤

أحكام الشريعة الإسلامية كانت "هى الواجبة التطبيق فى منازعات الاحوال الشخصية التى كانت تقوم بين الزوجين غير المسلمين قبل صدور القانون رقم ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥ بالغاء المحاكم الشرعية والمحاكم الملية إذا ما اختلفا طائفة أو ملة ، ولم يشأ المشرع عند اصدار هذا القانون ان يخالف ما استقر عليه الوضع فى هذا الشأن باعتبار ان المحاكم الشرعية هى صاحبة الإختصاص العام فى مسائل الأحوال الشخصية بالنسبة للمصريين غير المسلمين المختلفى الطائفة أو الملة وهو ما ضمنه المشرع نص المادة السادسة من القانون المذكور".(١٠٢)

وهكذا كانت المجالس الملية تقضى بعدم إختصاصها فى حالة اختلاف الاطراف فى الطائفة فلا يكون امام الأطراف سوى اللجوء الى المحاكم الشرعية التى اعتبرت صاحبة الولاية العامة فى مسائل الأحوال الشخصية لكل المصريين والتى كانت تطبق عليهم قواعد الشريعة الإسلامية بطبيعة الحال.

فإذا اتضح لنا مما سلف أن روح التوحيد هى التى هيمنت على القانون ٤٦٢ وأنه قد قنن ما جرى عليه العمل قبل صدوره ، فلا يمكن القول أن المشرع يقصد من هذا القانون التوسع فى فكرة تعدد الشرائع واجبة التطبيق.(١٠٣)

٣- يقرر هذا الرأى أن "الأحكام الموضوعية للزواج تكاد تكون واحدة فى هذه الكنائس جميعا" وواضح من هذه الصياغة أن صاحب الرأى لا يراها

---

(١٠٢) نقض ٧٢/١٢/٢٠ فى الطعن رقم ١٦ لسنة ٤١ ق - مجموعة س ٢٣ ص١٤٤٢
(١٠٣) راجع - حسام الاهوانى - السابق ص٧٦.

متطابقة تماما إذ استعمل عبارة "تكاد تكون" وهو ما يعنى وجود اختلاف بين شرائع الطوائف المختلفة.

٤- أن تطبيق الشريعة الإسلامية على غير المسلمين مختلفى الطائفة ليس فيه مخالفة لمبادئ العدالة والمساواة المقررة فى الدول المتمدينة ، ففى هذه الدول يخضع جميع المواطنين لقواعد قانونية واحدة ، وقد يقال هنا أن هذه القواعد الموحدة ليست مستمدة من دين من الاديان ولكن فى الواقع أن أحكام القانون المدنى الفرنسى بشأن الأسرة قد تأثرت كثيرا بقواعد الشريعة المسيحية ورغم ذلك فانه يطبق على جميع الفرنسيين بغض النظر عن دياناتهم.(١٠٤)

وقد رفضت محكمة النقض هذا الرأى صراحة وطبقت المعنى الواضح لنص المادة ٦/ ٢ من القانون ٤٦٢ فقررت أنه "لا وجه للقول بان الاقباط الارثوذكس والسريان الارثوذكس متحدان فى العقيدة والملة والمذهب طالما أنهما مختلفان طائفة ، ونص المادة السادسة من القانون رقم ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥ يشترط الاتحاد فى الطائفة والملة مع باقى الشروط التى فرضها

(١٠٤) راجع فى هذا المعنى - حسام الاهوانى ص٧٧ ولو سار الوضع فى مصر كما هو الحال فى فرنسا لكان من السهل ان توضع قواعد الشريعة الإسلامية فى قانون موحد يطبق على جميع المصريين بغض النظر عن دياناتهم وهو الأمر الذى وإن اتفق مع السياسة التشريعية للدول المعاصرة إلا انه يتصادم مع سماحة الشريعة الإسلامية وبعض نصوصها التى تسمح لغير المسلمين من أهل الكتاب بتطبيق شرائعهم الخاصة ، فوضع الاقليات غير الإسلامية فى القانون المصرى أفضل بكثير من وضع الاقليات الإسلامية فى الغرب فالاقليات غير الإسلامية فى مصر تخضع فى تنظيم مسائل الاحوال الشخصية لشرائعها الطائفية ، وذلك بالرغم من ان الشريعة العامة التى تحكم مسائل الاحوال الشخصية لغالبية المصريين هى الشريعة الإسلامية. ولكن متى أختلفت الاطراف فى الطائفة أى متى انتفى وجود شريعة طائفية واحدة لاطراف النزاع فمن الطبيعى ان تطبق الشريعة الإسلامية باعتبارها الشريعة العامة فى مسائل الاحوال الشخصية. راجع - حسام الاهوانى - السابق ص٧٨.

لتطبيق شريعتهما الخاصـة ، ولما كـان الثابت بوقـائع الدعوى أن المطعون ضده إنضم الى طائفة السريان الارثوذكس قبـل رفعها ، وأن الطاعنـة تنتمـى إلى طائفة الاقباط الارثوذكس قبـل زواجها ، فاصبحا بذلك مختلفى الطائفة وتطبق فى شأن واقعة الطلاق احكام الشريعة الإسلامية"(١٠٥)

---

(١٠٥) نقض ١٤/ ١/ ٧٠ فى الطعن رقم ٣٠ لسنة ٣٧ ق - مجموعة س ٢١ ص٩٦ ، وراجع ايضا نقض ٣١ يناير ١٩٦٨ فى الطعن رقم ٢ لسنة ٣٧ ق - مجموعة س١٩ ص ١٧٩ وفيه تقول الطاعنة فى اسباب طعنها "ان تحقيق مقاصد الشارع يقتضى انصراف معنى الاتحاد فى الطائفة والملة الى الوحدة المذهبية فيعتبر طرفا المنازعة متحدين طائفة وملة كلما انتميا إلى وحدة مذهبية واحدة وان انضمام المطعون عليه إلى طائفة السريان الارثوذكس لا يعتبر تغييرا للملة والطائفة لان السريان والاقباط الارثوذكس يتبعان مذهبا واحدا هو المذهب المسيحى الارثوذكسى" وقد ردت المحكمة على ذلك بان هذا النعى مردود "بما أورده الحكم المطعون فيه من ان "طائفة السريان الارثوذكس تختلف عن طائفة الاقباط الارثوذكس وان لكل منهما مجلسها الملى الخاص بها" وبه ينتفى وجه النعى"، وكانت الرئاسة الدينية لطائفتي الاقباط الارثوذكس والسريان الارثوذكس قد اعلنتا أن الكنيستين "كنيسة واحدة تدين بعقيدة واحدة وملة واحدة حسبما استقرت عليه المجامع المقدسة وبناء على ذلك يكون لكل من الاقباط والسريان ان يمارسوا شعائرهم الدينية فى أى الكنيستين ولا يجوز ولا يصح التحول أو الانضمام أو الانفصال من أحدهما الى الاخرى وكل اجراء من هذا القبيل يقع باطلا بطلانا مطلقا وتبطل كافة الآثار التى ترتبت عليه" وقد استهدف هذا الاعلان مواجهة تزايد تغيير الطائفة خصوصا من الطائفة القبطية الارثوذكسية الى طائفة السريان الارثوذكس - راجع حسام الاهوانى - السابق ص٨٠،٨١ وقد ردت محكمة النقض على ذلك صراحة وقررت انه لما "كان مناط ثبوت الشخصية الاعتبارية للهيئات والطوائف الدينية عملا بحكم المادة ٥٣٥ من القانون المدنى - وعلى ما جرى به قضاء النقض - اعتراف الدولة اعترافا خاصا بها سواء صراحة بصدور القانون أو ضمنا بالمصادقة على تمثيل الهيئة الدينية فان ما تضمنته القرارات الصادرة من الرئاسة العليا لطائفتى الاقباط الارثوذكس والسريان الارثوذكس من ان الكنيستين شقيقتان ومتحدتان فى الايمان والعقيدة وليس بينهما أى فرق مذهبى أو خلاف عقائدى ، ليس من شأنه إدماج إحدى الطائفتين فى الأخرى أو إلغاء الاعتراف الذى قررته الدولة لأيهما ، ولا يندرج ذلك ضمن السلطات الدينية الخالصة الباقية لرجال الكنيسة ، إذ هى مزاج بين الدين وبين محاولة التحلل من أوضاع قانونية قائمة معترف بها ، بما لا يغير من بقاء قيام الخلاف بين الطائفتين على ما سلف بيانه ، واذ التزم الحكم هذا النظر فان الطعن عليه بالخطأ فى تطبيق القانون يكون على غير اساس" نقض ٢٨/ ٦/ ٧٨ فى الطعن رقم ٣ لسنة ٤٧ ق - مجموعة س ٢٩ ص١٦٠٤.

الفرع الثانى

مشكلة تغير القانون واجب التطبيق تبعا لتغيير العقيدة

تتميز العلاقات فى مسائل الأحوال الشخصية باستمرارها لفترات طويلة فى الغالب وقد يحدث أن يغير احد الزوجين عقيدته بعد إبرام عقد الزواج فيترتب على ذلك تغيير القانون واجب التطبيق ، فقد يكون الزوجان متحدين فى الملة والطائفة وقت الزواج وهو ما يعنى تطبيق شريعتهما الخاصة عليهما ثم ينضم احدهما لطائفة أخرى ويغير عقيدته وهنا سوف تطبق الشريعة الإسلامية والعكس صحيح ، فقد يكونا مختلفى الطائفة وقت الزواج ثم يغير احدهما طائفته لتصبح متحدة مع طائفة الزوج الآخر ، وتظهر المشكلة فى هذا الشأن عندما يستخدم تغيير العقيدة كوسيلة لتغيير القانون واجب التطبيق وما يتضمنه ذلك من غش على القانون.

وهكذا تتنازع فى هذه المسألة اعتبارات ثلاث إنحاز لكل منها رأى فى الفقه وهو ما سنتعرض له بايجاز:

١ – الحقوق المكتسبة:(١٠٦)

عندما يغير احد الزوجين ديانته فان أول اول اعتبار يتبادر الى الذهن هو ان هذا العمل الإنفرادى من جانبه قد يؤدى الى المساس بالحقوق المكتسبة للزوج الآخر ، فالزواج عقد من العقود ، والعقد شريعة المتعاقدين فلا يجوز تغيير أحكامه بإرادة احد الزوجين فقط ، ومثال ذلك ان يتم الزواج فى ظل

---

(١٠٦) راجع فى عرض هذه الفكرة تفصيلا – احمد سلامة – السابق ٢٦٧ وما بعدها ، حسام الاهوانى – السابق ص٨٩.

شريعة لا تسمح بالتطليق ثم يغير الزوج عقيدته بحيث تطبق عليها شريعة تجيز التطليق وهو ما لم تتوقعه الزوجة.

ويبدو ان هذا ما جرى عليه الرأى فى اللجنة المشكلة لنظر التنازع فى الاحكام بين المجالس الملية المختلفة أو بينها وبين المحاكم الشرعية(١٠٧) فقد اتبعت اللجنة قاعدة "عقد الزواج" "ومبناها ان الزواج حين عقده على مذهب طائفة يرتضى الزوجان أحكام قانونها شريعة لهما يعرفان منه حقوقهما وواجباتهما ، ولا يجوز لاحد الزوجين ان يغير هذا القانون بارادته وحده ويبدل فى واجبات وحقوق الطرف الآخر بالانتقال الى مذهب آخر او الى ديانة أخرى تبيح له ما كان حراما فى مذهبه الأول أو فى ديانته الأولى"(١٠٨)

وقد انتقد الفقه الاستناد لفكرة الحقوق المكتسبة على النحو سالف الذكر لانها تستند الى اعتبار الزواج عقد بينما هو فى الحقيقة أقرب للنظام القانونى أو على الاقل مزيج من العقد والنظام القانونى الذى لا تلعب ارادة العاقدين فى ظله دورا كبيرا (١٠٩) كما أن تقييد الاطراف بالخضوع دائما للشريعة التى تم العقد فى ظلها يتضمن اخلالا بحرية العقيدة التى كفلها الدستور(١١٠)

كما رفضت محكمة النقض كذلك فكرة الحقوق المكتسبة وقررت أنه "ليس للزوجة قانونا التحدى بان تطلب التطليق وفقا لاحكام القانون الذى ابرم

---

(١٠٧) فقد روى فى سنة ١٩٢٠ ان تشكل لجنة للفصل فى هذه المسائل برئاسة وكيل وزارة الحقانية ومستشارها الملكى ومدير مكتب الوزير وتعرض قراراتها لوزير الحقانية فهى لجنة استشارية للوزير تسترشد فى الفصل فى المنازعات التى تعرض لها بما استقرت عليه احكام المحاكم الاهلية والمختلطة - احمد صفوت - السابق ص٤٧.

(١٠٨) احمد صفوت - السابق ٤٧ ويشير الى ان المحاكم المختلطة والمحاكم الاهلية قد اتبعت ذلك فى عدة أحكام - راجع ص٥٠.

(١٠٩) فى هذا المعنى - أحمد سلامة - السابق ص٢٧٠.

(١١٠) راجع حسام الاهوانى ص٩٠ ، ٩١

عقد الزواج تحت سلطانه ذلك لان عقد الزواج لا يكسب أى من الزوجين فيما يختص بالطلاق أو التطليق حقا مستقرا لا يتأثر بما قد يطرأ بعد إبرامه بما يكون من شأنه سريان قانون أخر فى هذا الخصوص"[111] أو "ان له حقا مكتسبا فى استبقاء عروة الزوجية معقودة طبقا للقانون الذى كان يحكم به قبل تغيير الزوج ديانته"[112]

٢- النظام العام (او حرية العقيدة)[113]

يعتبر مبدأ حرية العقيدة من الحريات الاساسية التى كفلها الدستور ولذلك فان هذا المبدأ يتعلق بالنظام العام ومؤدى ذلك استفادة الشخص الذى يغير طائفته أو ملته من جميع النتائج القانونية التى تترتب على هذا التغيير والقول بغير ذلك فيه اعتداء على حرية العقيدة التى كفلها الدستور ، وأنه "ليس للقاضى أن يتدخل فى عقيدة الاشخاص ويبحث فى اعماق قلوبهم أن كان ايمانهم صحيح أو غير صحيح"[114]

ويبدو أن محكمة النقض تضع هذا الاعتبار فى المقام الأول وعلى نحو شبه مطلق - إذا جاز التعبير - فقد استقر قضاؤها على أن "الاعتقاد الدينى مسألة نفسانية ، ولا يجوز لقاضى الدعوى - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - أن يبحث فى جديتها ولا فى بواعثها ودواعيها"[115] ، وقد

(١١١) نقض ٢٢/ ٥/ ١٩٥٤ فى الطعن رقم ١ لسنة ٢٣ ق - مجموعة س٥ ص٦٨٧.
(١١٢) نقض ١٩٦٣/١/٣٠ فى الطعن رقم ٥٣٢ لسنة ٢٦ ق-مجموعة س ١٤ ص١٨٩.
(١١٣) راجع فى عرض هذه الفكرة تفصيلا-احمد صفوت - السابق ص٢٧٢ وما بعدها.
(١١٤) احمد عبد الهادى - المحاكم الشرعية وسلطانها على غير المسلمين - القانون والاقتصاد السنة الخامسة العددان الاول والثانى ص١٨.
(١١٥) نقض ١٤/ ١/ ١٩٧٠ فى الطعن رقم ٣٠ لسنة ٣٧ق - مجموعة س ٢١ ص٩٦، وفى ذات المعنى: نقض ٢١ / ٤ / ١٩٦٥ فى الطعن رقم ٣٧ لسنة ٣٢ ق مجموعة س١٦ ص٤٩٦ ، وأيضا نقض ٢٩/ ٧٥/١ فى الطعن رقم ٤٤ لسنة ٤٠ ق - =

استنتج بعض الفقه من تواتر قضاء النقض فى هذا المعنى انها ترجح فكرة النظام العام فى هذه المسألة (١١٦) ، فاذا تمت مراعاة هذا الاعتبار على نحو مطلق فانه لا يجوز القول بان تغيير العقيدة كان بهدف التحايل على القانون حتى ولو كان كذلك فعلا.

٣- مقاومة الغش على القانون: (١١٧)

يلاحظ ان اعتبار النظام العام وان اتفق مع كفالة حرية العقيدة الا انه من المتصور ان تستغل هذه الحرية من أجل التحايل على القانون واجب التطبيق طالما ان إحترام حرية العقيدة يقتضى تغيير القانون واجب التطبيق ولذلك يفرق البعض بين حالة حسن النية وحالة سوء النية "فالأصل إذن هو وجوب العمل بآثار تغيير الديانة حتى إذا ما ثبت أن التغيير لم يحصل بنية خالصة وإنما تم بنية مشوبة بالغش فعندئذ لا يعمل به وعلى ذلك يكون الفارق بين الحالتين هو الوقوف على الدافع النفسانى الحقيقى وتقدير حقيقة هذا الاخير يرجع فيه الى القاضى الذى يهتدى بظاهر الأمور ، فاذا أفاد الظاهر وجود النية المشوبة كان الإختصاص للجهة الطائفية القديمة ، وكذلك

= مجموعة س٢٦ ص٢٨٤ ، وأيضا نقض ١١/ ١٢/ ٧٤ فى الطعنين رقمى ٢٧ ، ٢٩ لسنة ٤٠ ق - مجموعة س٢٥ ص١٤١٧.

(١١٦) حسام الاهوانى - السابق ص٩٢.

(١١٧) يعرف ديبوا Debois الغش على القانون بانه "الاستخدام الواعى والارادى لوسائل مشروعة فى ذاتها لاغراض تتعارض مع أوامر ونواهى القانون ، ويعرفه ريبير Ripert بانه "التهرب من تطبيق القانون الذى كان قابلا للتطبيق عادة لانه سوف يعوق بعض المصالح أو الإرادات" - أوردهما أحمد زكى الشيتى - تكييف العقود - رسالة بالفرنسية - القاهرة ١٩٤٤ ص٥٢.

لشريعتها أما إذا أفاد الظاهر أن النية الحقيقية مخلصة وجب أن تتخلى الجهة القديمة عن إختصاصها وبالتالى عن قانونها" (١١٨)

وينتقد الفقه هذا الرأى إذ يتعارض مع ما استقر عليه قضاء النقض من عدم البحث عن الدوافع التى كانت وراء تغيير العقيدة ، كما أن التفرقة بين سوء النية وحسن النية تقتضى البحث فى حقيقة الايمان وهو مسألة لن يكون من السهل الحكم عليها فى كثير من الحالات.(١١٩)

ورغم أن محكمة النقض قد استقر قضاؤها على عدم البحث فى حقيقة الايمان او الدوافع التى كانت وراء تغيير العقيدة الا انها قد لاحظت ما يحدث عملا من غش وتحايل فى هذا الشأن ونادت بتدخل المشرع لوضع حد لذلك فقررت أنه "يتعين الاشارة الى أنه وإن حرص القضاء المصرى بمختلف مراتبه - إعلاء لحقوق الانسان ، وتقديسا لحرية الفكر والضمير والتدين - على الاعتداد بتغيير الديانة أو الملة أو الطائفة دون بحث فى اسبابه ودوافعه وبواعثه ، إلا أنه لا معدى من التسليم بان التطبيق العملى للقانون رقم ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥ قرابة ربع قرن أسفر عن أن هذا التغيير يتم غالبا بنية الغش والتحايل ، وأن ما يسمح به من تمكين أى من الزوجين غير المسلمين بمجرد تغيير المذهب أو الديانة من تعديل الإختصاص التشريعى والنيل من حقوق الطرف الآخر قد استغل استغلالا غير قويم ، وهو ما يحفز هذه المحكمة الى

---

(١١٨) ويضيف "ونسارع الى القول بان الفرض الاخير نادر ، وان من أهم القرائن على سوء النية هو حصول التغيير اثناء نظر الدعوى بواسطة المجلس الملى" حامد زكى - مسائل فى القانون الدولى الخاص المصرى - القانون والاقتصاد س٥ العددان الاول والثانى ص٣٠١ - ٣٢٠ ، ويلاحظ ان ما ذكره هنا كان قبل صدور القانون رقم ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥ - وراجع فى ذات الرأى عزيز خانكى: تغيير الدين أو الملة أو المذهب وأثره فى كيان الاسرة - المحاماة س٢٠ ص٨٥٨ - ٨٦٦ وبصفة خاصة ص٨٦٤ ، ٨٦٥.

(١١٩) حسام الاهوانى - السابق ص٩٣ ، ٩٤.

أن تهيب بالمشرع - سدا لكل ذريعة وحيلولة للتحايل - ان ينص على بقاء الزوجية وما ينشأ عنها من آثار خاضعة للشريعة التى عقد الزواج وفقا لاحكامها ، ولو غير أحد الزوجين مذهبه أو ديانته أثناء قيام الزوجية ، ما لم يكن التغيير الى الإسلام باعتباره الشريعة العامة التى تقضى المادة الثانية من الدستور القائم بانها مصدر رئيسى للتشريع ، على أن تسن القوانين اللازمة منعا للتلاعب بالاديان"(١٢٠) وقد تبنى مشرع قانون الاسرة الموحد للطوائف المسيحية هذا الحل(١٢١)

وينتقد البعض هذا الاقتراح إذ أنه يحول دون تمتع الشخص بالحقوق التى يخولها له الدين الجديد وأنه لا يفرق بين التغيير الذى يتم بسوء نية وذلك الذى يتم بحسن نية (١٢٢)

وهكذا لا يخلو اى اعتبار من الاعتبارات الثلاث من نقد(١٢٣) وهو ما لايمكن السير فيه الى مالا نهاية ، فالفقه لا يمنع نفسه كثيرا من التمتع بترف عرض الآراء ونقدها جميعا الا أن المشرع لا يمكنه ان يسير على ذات المنهج ويجب عليه أن يضع حلا مناسبا حتى ولو كان الحل الذى يأخذ به منتقد هو الآخر وسوف نرى الآن الحل الذى أخذ به المشرع فى القانون رقم ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥.

---

(١٢٠) نقض ١٧ يناير ١٩٧٩ فى الطعنين رقمى ١٦ - ٢٦ لسنة ٤٨ ق - مجموعة س٣٠ ص٢٧٦.
(١٢١) راجع حسام الاهوانى - السابق ص٩٩.
(١٢٢) راجع حسام الاهوانى - السابق ص١٠٠
(١٢٣) راجع ايضا عرض الآراء الثلاثة وما وجه لكل منها من نقد - عبد الناصر العطار : تغيير الطائفة أو الملة وأثره فى قواعد الأحوال الشخصية - المحاماة س٤٨ - العدد السادس ص٦١.

الفرع الثالث

موقف المشرع المصرى من المشكلة السابقة

نصت المادة السابعة من القانون ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥ على أنه "لا يؤثر فى تطبيق الفقرة الثانية من المادة المتقدمة تغيير الطائفة أو الملة بما يخرج أحد الخصوم عن وحدة طائفية الى أخرى أثناء سير الدعوى إلا إذا كان التغيير إلى الإسلام فتطبق الفقرة الأولى من المادة السادسة من هذا القانون"

ويلاحظ أن الحل الذى أخذ به المشرع يفرق بين حالتين هما التغيير إلى غير الإسلام والتغيير إلى الإسلام.

أولا: تغيير العقيدة إلى غير الإسلام: (١٢٤)

إذا كان التغيير إلى غير الإسلام فإن تغيير الديانة أو الملة أو الطائفة يحدث أثره إذا حدث قبل رفع الدعوى أما إذا حدث بعد رفع الدعوى فلا يعتد به. (١٢٥)

---

(١٢٤) يلاحظ وجود عيب فى صياغة المادة السابعة المذكورة بالمتن إذ انها قد استعملت عبارة "تغيير الطائفة أو الملة" ومعنى ذلك - بمفهوم المخالفة - انه إذا تم تغيير الديانة أثناء سير الدعوى فان هذا التغيير ينتج أثره حتى ولو تم أثناء سير الدعوى طالما ان المشرع قد قصر هذا الحكم على تغيير الطائفة أو الملة فقط ، إلا انه لا يجوز هنا الأخذ بمفهوم المخالفة لتعارضه مع الاستثناء الذى جاء بنهاية النص والذى عبر عنه المشرع بعبارة "إلا إذا كان التغيير إلى الإسلام" فهذا التغيير هو تغيير فى الديانة وليس مجرد تغيير فى الملة أو الطائفة ، فلا يتصور ان يكون الحكم المستثنى منه خاليا من حالة تغيير الديانة وإلا فان الاستثناء لا يكون له محل ، وكانت الصياغة الصحيحة تقتضى استعمال عبارة "تغيير الديانة أو الملة أو الطائفة" ولذلك فان هذا النص يطبق أيضا فى حالة تغيير الديانة من اليهودية الى المسيحية والعكس.

(١٢٥) جاء فى الكتاب الرابع من قانون المرافعات والخاص بالإجراءات المتعلقة بمسائل الأحوال الشخصية ان يرفع الطلب إلى المحكمة بعريضة تودع قلم الكتاب ثم يحدد رئيس المحكمة أو قاضى المواد الجزئية جلسة لنظر الطلب ويعلن قلم الكتاب ورقة التكليف بالحضور للخصم (راجع المادتين ٨٦٩، ٨٧٠) ومن ذلك يتضح ان الدعوى تعتبر مرفوعة فى مسائل الأحوال الشخصية من لحظة أعلان قلم الكتاب للخصم بورقة التكليف بالحضور.

فلو إتحد الاطراف فى الديانة والملة والطائفة وقت رفع الدعـوى فـان الشريعة الطائفية هى التى تحكم النزاع ، وإذا إختلف الاطراف فـى الديانـة أو الملة أو الطائفة وقت رفع الدعوى فـإن الشـريعة الإسـلامية هـى التـى تحكم النزاع.

ومثال ذلك أن يكون الزوجان من الاقباط الارثوذكس وقت الزواج ثـم انضم الزوج الى المذهب البروتستانتى وهنا تطبق أحكـام الشـريعة الإسـلامية التى تجيز للزوج أن يطلق زوجتـه بارادتـه المنفـردة ، فرفعـت عليـه الزوجـة دعوى بالنفقة وبعد رفع الدعوى انضمت هى الأخـرى للمذهـب البروتسـتانتى فاصبحت متحدة معه فى المذهب والطائفة ، ولكن الـزوج يدفـع دعـوى النفقـة بانه قد طلـق زوجتـه بارادتـه المنفـردة ولـم تعـد مسـتحقة للنفقـة ويطلـب مـن المحكمة إثبات هذا الطلاق وهنا تطبق أحكام الشريعة الإسلامية لان الزوجيـن كانا مختلفين المذهـب (الملـة) وقت رفـع الدعـوى ، وهنـا يلاحـظ أنـه قـد تـم الاعتداد بتغيـير الـزوج لعقيدتـه لانـه تـم قبـل رفـع الدعـوى ولـم يعتـد بتغيير الزوجة لعقيدتها لانه تم بعد رفع الدعوى.

ويرى بعض الفقه فى تقييمه للحل الذى أخذ به القانون أن المشرع قـد اعتد اساسا بفكرة النظام العام التى تقضى ان يستفيد الشخص من أحكام ديانته الجديدة[١٢٦] وأنه يرفض البحث فيما إذا كان التغيير قد تم بحسن نية أم بسـوء نية وأقام مـن وقـت رفـع الدعوى فـاصلا محـددا بيـن التغيـير الـذى يعتـد بـه والتغيير الذى لا يعتد به فاستبعد المشـرع البحـث عـن النوايـا لتحديـد القـانون واجب التطبيق ، فلا يعتبر التغيير قبل رفع الدعوى قرينة قاطعة علـى حسـن النية فقـد يتـم هـذا التغيير بسـوء نيـة أيضـا بهـدف رفـع الدعـوى بعد ذلـك ،

---

(١٢٦) أحمد سلامة السابق ص٢٧٨ ، حسام الاهوانى – السابق ص١٠٢.

فالمشرع لم يستهدف إقامة قرائن قانونية في مسألة تغيير العقيدة ، وإنما يبحث عن معيار واضح منضبط يتحدد على أساسه القانون واجب التطبيق ولو على حساب مسألة النية.(١٢٧) كما ينتقد الحل الذى أخذ به المشرع لانه يفتح الباب على مصراعيه أمام تحايل الافراد على القانون ، فحرية تغيير العقيدة قد يستغلها الاشخاص كوسيلة للتحايل على القانون. فالزوج الذى يشعر ان نزاعا على وشك الوقوع يستطيع أن يغير عقيدته كما يشاء قبل رفعه للدعوى ليحصل على أفضل المزايا الممكنة من الدين الجديد وأن الأخذ بتاريخ الزواج هو الحل الذى يغلق الباب تماما أمام التحايل على القانون فلا يستطيع أى من الزوجين تغيير القانون واجب التطبيق بإرادته وحده.(١٢٨)

ونلاحظ على ما قاله الفقه تعليقا على الحل الذى أخذ به المشرع ما يلى:

١- ليس دقيقا أن المشرع قد أخذ باعتبار النظام العام (حرية العقيدة) ولم يأخذ باعتبار الغش على القانون (حسن النية أو سوء النية عند تغيير العقيدة) ، فالاخذ باعتبار النظام العام (حرية العقيدة) يقتضى أن ينتج التغيير أثره في أي وقت حتى ولو بعد رفع الدعوى ، إلا أن المشرع لم يأخذ بهذا الحل ولم يعتد بالتغيير الحاصل بعد رفع الدعوى ، فما هو قصد المشرع من عدم الاعتداد بالتغيير الحاصل بعد رفع الدعوى؟ ليست لدينا سوى إجابة واحدة هى: منع التحايل المتمثل في تغيير القانون واجب التطبيق على موضوع الدعوى. حقا قد يكون التغيير الحاصل قبل رفع الدعوى بهدف التحايل أيضا عندما يستشعر أحد الزوجين بقرب

(١٢٧) حسام الاهوانى - السابق ص١٠٣ ، ١٠٩ ، ١١٠.
(١٢٨) راجع حسام الاهوانى - السابق ص١٠٦ ، ١١٠ وما بعدها.

النزاع فيغير عقيدته قبل رفع الدعوى ، ولكن كما سبق أن قلنا فان أى حل من الحلول لن يكون خاليا من النقد ، يؤيد ذلك أن تفضيل البعض معيار تاريخ الزواج على معيار تاريخ رفع الدعوى ليس خاليا من النقد لانه يخالف اعتبار النظام العام ويحرم الزوج الذى غير عقيدته من الاستفادة من الآثار المترتبة على ذلك رغم أن تغيير عقيدته قد يكون عن ايمان حقيقى.

٢- أننا نرى أن المشرع لم يأخذ فقط باعتبار النظام العام (حرية العقيدة) بل أخذ أيضا فى الاعتبار مسألة الغش على القانون ويستفاد ذلك من عدم اعتداده بالتغيير الحاصل بعد رفع الدعوى ، فالمشرع يحاول هنا أن يقلل قدر الإمكان من حالات التحايل على القانون ، واختياره لمعيار تاريخ رفع الدعوى له ما يبرره إذ أن فكرة التحايل على القانون تكون أكثر وضوحا إذا حدث التغيير بعد رفع الدعوى وذلك وفقا لنظرة الرجل العادى أو لما يتوقعه الغالب الأعم من الناس ، ولو أخذ المشرع بمعيار تاريخ الزواج فان فكرة التحايل على القانون لن تكون مطروحة بذات القوة وخاصة إذا غير الزوج عقيدته قبل رفع الدعوى بفترة طويلة وهو ما يدل على أن التغيير كان عن إيمان حقيقى.

خلاصة القول أننا نرى أن المشرع قد واجه الصورة الصارخة من صور التحايل على القانون والتى يغلب فيها أن يكون تغيير العقيدة بهدف التحايل على القانون وهى التغيير الحاصل بعد رفع الدعوى ، ولا يعنى ذلك أن الحل الذى أخذ به المشرع هو الحل الأمثل الذى يخلو من أى نقد.

رفض محكمة النقض لفكرة الدعاوى المرتبطة:

مثال الدعاوى المرتبطة ان ترفع الزوجة على زوجها دعوى نفقة أثناء إتحادهما فى الملة والطائفة ثم يغير الزوج طائفته ويطلق زوجته بارادته المنفردة ويرفع دعوى باثبات هذا الطلاق أو أن يرفع الزوج دعوى التطليق ضد زوجته فترفض المحكمة ذلك طبقا لاحكام الشريعة الخاصة فيغير الزوج طائفته ويطلق زوجته بإرادته المنفردة وفقا لاحكام الشريعة الإسلامية ثم يرفع دعوى جديدة باثبات الطلاق ، ومؤدى فكرة الدعاوى المرتبطة التى يؤيدها بعض الفقه "اعتبار التغيير الذى تم قد حدث أثناء سير الدعوى ومن ثم لا يعتد به ويبقى الإختصاص التشريعى منعقدا للشريعة الخاصة. إذ لاشك أن الدعويين مرتبطتين ارتباط السبب بالنتيجة ...... والحجة فى ذلك أولا وقبل كل شئ محاولة الحد من الاتجاه المنتقد الذى سار فيه المشرع عندما اتخذ مرحلة رفع الدعوى فاصلا بين تغيير وتغيير وإذا كانت السبل القانونية ...... تعجز عن محاربة سوء استعمال رخصة تغيير العقيدة فان فكرة الدعاوى المرتبطة تقوم بهذه المهمة خير قيام ، فذلك الزوج الذى طلب التطليق وفق شريعته فرفض طلبه ، إذا غير طائفته أو ملته أو ديانته إلى غير الإسلام فلن يفيده ذلك شيئا ، لأن التغيير يعتبر واقعا أثناء سير الدعوى ، ومن ثم يرد عليه قصده السئ إذا هو إتخذ مظاهر العقيدة وسيلة دنيئة لتحقيق مآربه"(١٢٩)

---

(١٢٩) "ومن ناحية ثانية نعتقد ان الدعوى الثانية ما هى إلا تكملة لسير الأولى ، ويجب ألا يتمسك بحرفية سير الدعوى وحملها على انها سير دعوى واحدة ، فهى قد تكون كذلك، وقد تكون سير دعاوى مرتبطة" أحمد سلامة - السابق ص٢٢٩ ، ويشير إلى عدوله عن رأيه السابق ومضمونه "انه مهما كان الارتباط وثيقا بين مجموع الدعويين فان المنطق القانونى واعتبار احترام الارادة الحقيقية للمشرع يأبيان ان نعتبرهما دعوى واحدة" ويشير إلى مؤلفه السابق الأحوال الشخصية ١٩٦٠ - الكتاب الأول ص٢٥٣.

ورغم ما يلاحظ على الرأى السابق من رغبة فى تضييق التحايل على القانون واجب التطبيق إلا أنه يصطدم مع صراحة نص المادة السابعة من القانون ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥ ولذلك فقد رفضت محكمة النقض الأخذ به ، وكانت الزوجة قد أبانت أمام محكمة النقض "أنه يشترط طبقا للمادتين ٦ و ٧ من القانون رقم ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥ والمادة ٩٩ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية أن يكون تغيير الملة قد تم قبل قيام النزاع بين الطرفين ورفع الدعوى ليعتد به ويحدث أثره ، وإذ كان الثابت من الأوراق أن النزاع بين الزوجين نشأ فى سنة ١٩٦٣ إذ أقامت الطاعنة دعوى النفقة رقم ٨٨٩ سنة ١٩٦٣ احوال شخصية بنى سويف الجزئية التى قضى فيها لصالحها ثم أقام المطعون عليه دعوى التطليق رقم ٩٥ سنة ١٩٦٣ أحوال شخصية بنى سويف الابتدائية ولما قضى برفضها لجأ الى تغيير ملته فى ٧/ ٩/ ١٩٦٥ ثم أقام الدعوى الحالية رقم ٦٥ سنة ١٩٦٥ أحوال شخصية بنى سويف الابتدائية بطلب اثبات الطلاق وقد حصل تغيير الملة أثناء سير هذه الدعاوى المترابطة فيعتبر حاصلا بعد رفع الدعوى ولا ينتج أثره" وقد رفضت محكمة النقض هذا المنطق وقررت "بأن مؤدى ما نصت عليه المادة السابعة من القانون ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥ - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - أن الشارع اراد أن يتخذ من "سير الدعوى" "وانعقاد الخصومة فيها" وهو وصف ظاهر منضبط لامن مجرد قيام النزاع مناطا يتحدد به الإختصاص والقانون واجب التطبيق على أفرادها ، وإذا كان ذلك وكان الثابت أن المطعون عليه غير طائفته وانضم الى طائفة السريان الارثوذكس فى ١٩٦٥/٩/٧ ومن قبل رفع الدعوى فى ١٩٦٥/٩/٢٧ وبذلك أصبح طرفاها مختلفى الطائفة والملة وتطبق فى شأن واقعة الطلاق أحكام الشريعة الإسلامية التى تجيز الطلاق

بالارادة المنفردة ، ولما كان ذلك ، وكان الحكم المطعون فيه التزم هذا النظر وقضى باثبات الطلاق فانه لا يكون قد خالف القانون أو أخطأ فى تطبيقه"(١٣٠)

والواضح أن محكمة النقض تنظر إلى كل دعوى على حدة وتطبق بشأنها نص المادة السابعة بحيث يعتد بالتغيير طالما حدث قبل رفع الدعوى حتى ولو كانت الدعوى جزء من نزاع بين الزوجين تمثل فى عدة دعاوى مترابطة.

ثانيا: تغيير العقيدة باعتناق الإسلام:

يتضح من نص المادة السابعة من القانون ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥ أن تغيير العقيدة باعتناق الإسلام يعتد به فى أى وقت حتى ولو كان بعد رفع الدعوى استثناء من القاعدة التى أوضحناها سالفا.

وقد حاولت المذكرة الايضاحية للقانون ٤٦٢ تبرير هذا الاستثناء بانه ليس الا "تطبيق لقاعدة مقررة من أن تغيير الدين يترتب عليه أن يتمتع الشخص بجميع الحقوق التى يخولها له الدين الجديد" ، وهذا التبرير غير سديد فى هذا الموضع إذ أن الأخذ به كان يقتضى أن يعتد بتغيير العقيدة بعد رفع الدعوى سواء كان التغيير للاسلام أم لغيره.

وقد حاول الفقه أيضا تبرير هذا الاستثناء بان "ما قرره الدستور من أن دين الدولة الرسمى هو الدين الإسلامى قد يسعف المشرع فيما ذهب إليه

---

(١٣٠) نقض ٣١/ ١/ ١٩٦٨ فى الطعن رقم ٢ لسنة ٣٧ ق - مجموعة س١٩ ص١٧٩ وراجع أيضا: نقض ١٤/ ١/ ١٩٧٠ فى الطعن رقم ٣٠ لسنة ٣٧ ق - مجموعة س٢١ ص٩٦ ، نقض ١١/ ٢/ ١٩٧٦ فى الطعن رقم ١٤ لسنة ٤٤ ق - مجموعة س٢٧ ص٤٣٨ ، نقض ٢٤/ ١٢/ ١٩٨٥ فى الطعن رقم ١٥٣٨ لسنة ٥٠ ق - مجموعة س٣٦ ص١١٦٧.

فى هذا المقام"(١٣١) أو بأن عدم الأخذ بهذا الاستثناء يؤدى إلى مخالفة قاعدة متعلقة بالنظام العام فى مصر وهى أن المسلم لا يمكن أن يخضع لغير شريعة الإسلام إذ أن النظام العام فى مسائل الاحوال الشخصية يستند اساسا إلى الشريعة الإسلامية.(١٣٢)

ورغم وجاهة ما قاله الفقه تبريرا لهذا الاستثناء إلا أننا نعتقد أن المسألة هنا تقتضى تحليلا آخر ، ونبدأ ذلك التحليل بسؤال هام هو: ما هو الخلاف الجوهرى بين حالة التغيير إلى الإسلام والتغيير إلى غير الإسلام بعد رفع الدعوى؟

نطرح مثالا يوضح السؤال: فإذا فرض وكان الزوجان من البروتستانت وقت رفع الدعوى وغير أحدهم عقيدته إلى أحد طوائف المذهب الارثوذكسى بعد رفع الدعوى ، فما هى الصلة التى تربط بالشريعة الإسلامية؟ الإجابة: لا صلة إطلاقا ، ولذلك يتم تغليب الاعتبار الذى راعاه المشرع عند وضع نص المادة السابعة وهو أن التغيير الحاصل بعد رفع الدعوى يكون بهدف التحايل على القانون واجب التطبيق فلا يعتد بهذا التغيير.

أما إذا غير أحد الزوجين ديانته إلى الإسلام فالأمر هنا يختلف إذ توجد صلة بينه وبين الشريعة الإسلامية هى اعتناقه للإسلام ، وهنا غلب المشرع اعتبار انتماء الشخص لهذه الديانة على اعتبار التحايل على القانون واجب التطبيق ، وبمعنى آخر أنه فى حالة التغيير إلى غير الإسلام فان

---

(١٣١) ايهاب اسماعيل - اصول الاحوال الشخصية ص٢٤٨.
(١٣٢) راجع فى هذا المعنى - أحمد سلامة - السابق ص٢٦٢ وحسام الاهوانى - السابق ص١١٢.

الشخص يعتنق عقيدة أخرى لا صلة لها بالشريعة الإسلامية ، ولو فرض أن المشرع سمح بتطبيق الشريعة الإسلامية عليه فى هذه الحالة لكان من الواضح أن الشريعة الإسلامية طبقت دون أن يعتنقها أى من أطراف النزاع لمجرد اختلافهما فى الملة أما فى حالة التغيير إلى الإسلام فقد طبقت الشريعة الإسلامية بسبب اعتناق أحد الاطراف لها وليس لمجرد انهما قد إختلفا فى الملة أو الطائفة.

ويتضح الأمر أكثر إذا بحثنا مباشرة فى حالة التغيير إلى الإسلام وإلى غير الإسلام قبل رفع الدعوى. فإذا تم تغيير العقيدة بحيث اختلف الاطراف فى الملة مثلا فانهما لا يخضعان للشريعة الخاصة بل للشريعة الإسلامية ، ليس بصفتها ديانة أحد الاطراف ولكن باعتبارها القانون العام الذى يحكم مسائل الأحوال الشخصية بالنسبة لجميع المصريين ، كما أنه يلاحظ هنا توافر حالة من حالات التنازع بين الشرائع فتصبح الشريعة الخاصة قابلة للتطبيق من حيث المبدأ ولكن حدث أن تخلف أحد شروط تطبيق الشريعة الخاصة وهو شرط الاتحاد فى الدين والملة والطائفة فتطبق الشريعة الإسلامية لتخلف هذا الشرط.

أما إذا تم تغيير العقيدة إلى الإسلام فان الشريعة الإسلامية تطبق أيضا ولكن لسبب آخر هو عدم تحقق أحد شروط قيام حالة التنازع بين الشرائع وهو "أن يكون اطراف العلاقة من غير المسلمين"(١٣٣) ، فالمسألة فى حالة التغيير إلى الإسلام لا تتعلق بشروط تطبيق شريعة غير المسلمين (المرحلة الثانية) وهى الشروط التى يتم بحثها بعد التأكد من وجود حالة من

---

(١٣٣) راجع ما سبق تحت عنوان "ان يكون أطراف العلاقة من المصريين غير المسلمين"

التنازع الداخلى بين الشرائع ، ولكنها تتعلق بالمسألة المفترضة أولا وهى وجود حالة من حالات التنازع بين الشرائع (المرحلة الأولى) ، فإذا اعتنق أحد الزوجين الإسلام فان الشريعة الإسلامية تطبق لعدم وجود حالة من حالات التنازع بين الشرائع وليس لعدم توافر شرط اتحاد الدين والملة والطائفة.

وسوف ندعم رأينا هذا بنص من نصوص القانون ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥ فالمادة ٦/ ٢ من القانون المذكور تنص على أنه "أما بالنسبة للمنازعات المتعلقة بالأحوال الشخصية للمصريين غير المسلمين والمتحدى الطائفة والملة الذين لهم جهات قضائية ملية منظمة وقت صدور هذا القانون فتصدر الأحكام – فى نطاق النظام العام – طبقا لشريعتهم" ، فقد استعمل المشرع عبارة "المصريين غير المسلمين" على اطلاقها ولم يقيد هذه العبارة بأى قيد يتعلق بالوقت التى يتم فيه اعتناق الإسلام – أى قبل رفع الدعوى أو بعدها – الشخص الذى يعتنق الإسلام ينطبق عليه فورا وصف (المسلم)(١٣٤) سواء كان الإسلام قبل رفع الدعوى أم بعدها ولا ينطبق عليه وصف (غير المسلم) الوارد بنص المادة ٦/ ٢ فاذا انتفى عن الشخص وصف (غير المسلم) باعتناق الإسلام فلا تطرح على الاطلاق مسألة البحث فى شروط تطبيق الشريعة الخاصة ومنها شرط الاتحاد فى الديانة أو الملة أو الطائفة.

ولذلك فاننا نرى أن النص صراحة على الاستثناء فى نهاية المادة السابعة " ..... الا إذا كان التغيير إلى الإسلام ....." هو من قبيل التأكيد على قاعدة موجودة من قبل ومقررة بنص المادة ٦/٢ من ذات القانون ، وحتى لو

---

(١٣٤) وذلك بمجرد نطقه للشهادتين "بدون حاجة لاعلان هذا الإسلام رسميا أو اتخاذ أى اجراء لاعتباره فى عداد المسلمين" نقض ١١/ ١٢/ ١٩٧٤ فى الطعنين رقمى ٢٧ – ٢٩ لسنة ٤٠ق مجموعة س٢٥ ص١٤١٧.

لم يوجد نص المـادة ٢/٦ فـان اكتسـاب الشـخص لصفـة المسلم فـور اعتنـاق الإسلام كان سيؤدى لتطبيق الشريعة الإسلامية عملا بارجح الآراء فى مذهب ابـى حنيفـة عمـلا بالمـادة ٢٨٠ مـن لائحـة ترتيب المحـاكم الشـرعية ويكـون اعتبار هذا الحكم من قبيل الاستثناء أمرا غير دقيق - فى نظرنا - فهـو ليـس إلا مجـرد تطبيـق للقـاعدة العامـة التى جـاءت بالمـادة ٦/ ٢ والتـى لا تطـرح مسألة تطبيق الشرائع الخاصة إلا على غير المسلمين فقط.

تعقيب الردة لا تدخل فى مدلول تغيير العقيدة :

ولا يفوتنا أن نشير فى نهاية هذه المسـألة أن تغيير العقيـدة إلـى غـير الإسلام لا تدخل فيه حالة المسلم الذى يرتد عن الإسـلام أيا كـان وقـت هـذه الردة أى قبل رفع الدعوى أم بعد رفعها فإذا فرض مثلا وكان أحـد المسـلمين متزوجا من مسيحية قبطيـة ارثوذكسـية أى أنهمـا خاضعـان لاحكـام الشـريعة الإسلامية وارتد الزوج بعد ذلك عن الإسلام واعتنق نفس ديانة زوجته ونفـس مذهبها وطائفتها او إذا كان المسلم غير متزوج ثم إرتـد عـن الإسـلام وانضـم لطائفة الاقباط الارثوذكيين وتزوج من مسيحية مـن ذات المذهـب والطائفـة ، فهل يقال هنا أن الزوج والزوجة متحدين فى الملـة والطائفـة فتطبـق الشـريعة الخاصة؟

الاجابة بالنفى قطعا ، فقد استقر جمهور الفقه فى مصر ، وقضاء النقض على تطبيق احكام الشـريعة الإسـلامية بشـأن الـردة فـى هـذا الشـأن والتـى توجـب التفريق بين المرتد ومن يتزوجها ولا يجوز القول بغير ذلك حفاظا على ركـن رئيسى من أركان الدين الإسـلامى الـذى هـو الديـن الرسـمى للبـلاد ، فاحكـام الردة تعد من النظام العـام فـى مصـر لأنهـا ترتبـط ارتباطـا جوهريـا بشـعور

غالبية المواطنين وتعد من الاسس والقواعد التى يقوم عليها النظام الاجتماعى فى مصر. (١٣٥)

فلا يقال ان المرتد وزوجته يتحدان فى الملة والطائفة لان المرتد لاملة له ولا دين له ولذلك يفرق بينه وبين زوجته ولا يصح له زواج جديد سواء كان ذلك بمسلمة أم بغير مسلمة.(١٣٦)

وقد استقر قضاء النقض على المبادئ التالية فى هذه المسألة:

١- أن المرتد لا ينعقد له زواج لأنه فى حكم الميت ويفرق بينه وبين زوجه وحكم القاضى بالتفريق هنا يعد كاشفا للتفريق وليس منشئا له لان الفرقة تتحقق بمجرد الردة. (١٣٧)

٢- أن عدم تنظيم المشرع لاحكام الردة بقانون لا يعنى تعطيل احكام الردة المقررة بالشريعة الإسلامية ويطبق بشأنها أرجح الأقوال من مذهب أبى حنيفة. (١٣٨)

---

(١٣٥) أحمد عبد الهادى - المحاكم الشرعية وسلطانها على غير المسلمين ص١٦ وفى ذات المعنى - أحمد سلامة مسائل فى الاحوال الشخصية ص١٠١.

(١٣٦) راجع فى هذه المسألة تفصيلا - حسام الاهوانى - السابق ٢٧٦ وما بعدها.

(١٣٧) "الردة وهى الرجوع عن دين الإسلام سبب من اسباب الفرقة ومن احكامها انه ليس لمرتد ان يتزوج اصلا لا بمسلم ولا بغير مسلم إذ هى فى معنى الموت وبمنزلته والميت لا يكون محلا للزواج ...... وفقه الحنفية على ان المرأة إذا إرتدت ثم تزوجت لا ينعقد لها زواج وإذا تزوجت ثم ارتدت انفسخ العقد ووجبت الفرقة بين الزوجين بمجرد تحقق سببها وبنفس الردة وبغير توقف على قضاء القاضى" نقض ٣٠ / ٣/ ١٩٦٦ فى لطعن رقم ٢٠ لسنة ٣٤ ق - مجموعة س١٧ ص٧٨٢.

(١٣٨) الشريعة الإسلامية هى القانون العام واجب التطبيق فى مسائل الاحوال الشخصية .... ولا يجوز ..... القول بان سكوت القانون أو خلوه من النص على حكم فى مسألة من هذه المسائل انما اراد به المشرع ان يخالف نصا فى القران أو السنة الصحيحة أو حكما إتفق عليه فقهاء المسلمين" - حكم النقض سالف الذكر وأيضا نقض ١٩/ ١/ ٦٦ فى الطعن رقم ٢٨ لسنة ٣٣ ق مجموعة س١٧ ص١٧٤.

٣- أن دعوى الحسبة تكون مقبولة فى هذا الشأن من أى من المسلمين دون تقيدها بشرط الاذن أو التفويض من ولى الامر. (١٣٩)

الفرع الرابع

كيفية تغيير العقيدة من الناحية القانونية

تغيير الطائفة أو الملة لا يتم إلا بقبول الجهة الدينية الانضمام إليها:

استقر قضاء محكمة النقض على أن "الاعتقاد الدينى مسألة نفسانية ، ولا يجوز لقاضى الدعوى - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - أن يبحث فى جديتها ولا فى بواعثها ودواعيها".(١٤٠)

فتغيير الانسان لعقيدته هو أمر يتعلق بعلاقته بربه ولا سلطان لاى جهة عليه فى ذلك ، إلا أن هذا التغيير قد تكون له آثار قانونية ، وفى هذا الجانب - أى جانب الاعتراف القانونى بتغيير العقيدة - فقد استقر قضاء محكمة النقض على ضرورة توافر مظهر خارجى معين يدل على هذا التغيير من الناحية القانونية وهو قبول الرئاسة الدينية للطائفة التى ينضم اليها

---

(١٣٩) "وجمهور الفقهاء على عدم تقيدها بشرط الاذن والتفويض من ولى الامر" حكم النقض سالف الذكر وقد طبقت المحكمة جميع هذه المبادئ فى احدث أحكامها فى قضية الدكتور نصر أبو زيد - نقض ٥/ ٨/ ١٩٩٦ فى الطعون أرقام ٤٧٥ ، ٤٧٨ ، ٤٨١ لسنة ٦٥ ق - أحوال شخصية - لم ينشر بعد ، إلا ان القانون رقم ٣ لسنة ١٩٩٦ بشان تنظيم إجراءات مباشرة دعوى الحسبة فى مسائل الاحوال الشخصية والذى أصدره المشرع متأثرا بالقضية سالفة الذكر خالف ما ذهب إليه جمهور الفقه وجعل الإختصاص برفع دعوى الحسبة للنيابة العامة وحدها دون غيرها.

(١٤٠) نقض ١٤/١/ ١٩٧٠ فى الطعن رقم ٣٠ لسنة ٣٧ ق - مجموعة س٢١ ص٩٦، وأيضا نقض ٢١/ ٤/ ١٩٦٥ فى الطعن رقم ٣٧ لسنة ٣٢ ق - مجموعة س١٦ ص٤٩٦، نقض ٢٩/ ١/ ١٩٧٥ فى الطعن رقم ٤٤ لسنة ٤٠ ق - مجموعة - س٢٦ ص٢٨٤ ، نقض ١١/ ١٢/ ١٩٧٤ فى الطعنين رقمى ٢٧، ٢٩ لسنة ٤٠ ق - مجموعة س٢٥ ص١٤١٧.

الشخص بعد اتخاذ الاجراءات التى تقررها فى هذا الشأن فالمقرر "فى قضاء هذه المحكمة أن تغيير الطائفة ولو أنه أمر يتصل بحرية العقيدة ، إلا أنه عمل ارادى من جانب الجهة الدينية المختصة ، ومن ثم فهو لا يتم ولا ينتج أثره إلا بعد الدخول فى الملة أو الطائفة الجديدة التى يرغب الشخص فى الانتماء اليها بقبول طلب انضمامه إليها واتمام الطقوس الخارجيه الرسمية" (١٤١)

فلا يكفى مجرد تقديم الطلب من الشخص الراغب فى تغيير ملته أو طائفته وإلا كان التغيير – من الناحية القانونية – مسألة إرادية بحتة للشخص يمارسها كما يشاء دون إعتبار لإرادة الكنيسة التى يرغب فى الانضمام اليها ، وما يمثله ذلك من اعتداء على سلطان هذه الكنيسة التى قد لا ترغب فى ضم هذا الشخص إليها ، ويفيد ذلك أيضا فى أن الكنيسة تستطيع أن تتحقق من صحة ايمان وعقيدة هذا الشخص وأنه لا يرغب فى التحايل على القانون بتغيير عقيدته وهو ما يقضى الى حد كبير على مشكلة الغش فى تغيير العقيدة.(١٤٢)

لا حاجة لإخطار الطائفة السابقة بتغيير الطائفة:

وهو ما استقر عليه قضاء محكمة النقض حيث قررت : "أن تغيير

---

(١٤١) نقض ٢٦/ ٤/ ١٩٧٨ فى الطعن رقم ٢٣ لسنة ٤٦ ق - مجموعة س٢٩ ص١١٣٧ وايضا نقض ٢٣/ ٣/ ٦٦ فى الطعن رقم ٣ لسنة ٣٥ ق مجموعة س١٧ ص٦٨٥ ، ٣٠/ ٣/ ٦٦ فى الطعن رقم ٢٩ لسنة ٣٤ ق - مجموعة س١٧ ص٧٩٢ ، نقض ١١/ ٢/ ٧٦ فى الطعن رقم ١٤ لسنة ٤٤ ق مجموعة س٢٧ ص٤٣٨ ، نقض ٩/ ٣/ ٧٧ فى الطعن ٢١ لسنة ٤٥ ق مجموعة س٢٨ ص٦٥٤ ، نقض ٩/ ٤/ ١٩٨٥ فى الطعن رقم ٤١ لسنة ٥٤ق - مجموعة س٣٦ ص٥٨٣ ، نقض ٧/ ٥/ ١٩٩١ فى الطعن رقم ١٦٦ لسنة ٥٨ ق - مجموعة س٤٢ ص١٠١٤ ، نقض ٢٨/ ٢/ ١٩٩٣ فى الطعن رقم ١٠١ لسنة ٦٠ ق لم ينشر بعد ، نقض ٢٢/ ٣/ ١٩٩٤ فى الطعن رقم ٥١ لسنة ٦٠ ق - لم ينشر بعد.

(١٤٢) راجع فى هذا المعنى - حسام الاهوانى - السابق ص١١٥ ، ١١٦.

الطائفة أو الملة أمر يتصل بحرية العقيدة ومن ثم فانه ينتج أثره بمجرد الدخول فيه وإتمام طقوسه ومظاهره الخارجية الرسمية ولا يتوقف على إخطار الطائفة القديمة ...... والقول بوجوب أخطار الجهة الدينية التى تتبعها الطائفة أو الملة القديمة لا مفهوم له إلا أن يكون لهذه الجهة الحق فى أن توافق أو أن تعترض على حصول التغيير ..... وإذ كان ذلك وكان الحكم المطعون فيه قد جرى فى قضائه على أنه (لا يكفى لتغيير الطائفة أو الملة أن ينتمى الشخص الى طائفة جديدة وأنما يجب فوق ذلك أن يخطر الطائفة أو الملة القديمة بانتمائه للطائفة أو الملة الجديدة) فانه يكون قد خالف القانون وأخطأ فى تطبيقه" (١٤٣) ومن الواضح أن اشتراط اخطار الطائفة القديمة قد يكون الهدف منه الحصول على موافقتها وهو ما لا يجوز لمخالفة ذلك لحرية العقيدة ، وقد يكون الهدف منه مجرد الاخطار فقط وهو ما لا يكون له أية فائدة بشأن انضمام الشخص للطائفة الجديدة.

حق الجهة الدينية فى ابطال الانضمام اذا تبين لها عدم جديته:

قد يحدث أن يتبين للجهة الدينية ان انضمام الشخص اليها لم يكن عن ايمان حقيقى وكان بهدف التحايل على القانون واجب التطبيق وهنا استقر قضاء محكمة النقض على أن "للرئيس الديني للملة أو الطائفة التى يرغب الشخص فى الانضمام اليها ان يتحقق قبل قبول الطلب من جديته ، وان يستوثق من صدوره عن نيه سليمة ، كما أن له أن يبطل الانضمام بعد قبوله ويعتبره كان لم يكن اذا تبين له عدم جديته" (١٤٤)

---

(١٤٣) نقض ١٩٦٦/٣/٢٣ فى الطعن ٣ لسنة ٣٥ ق-مجموعة س١٧ ص٦٨٥ وفى ذات المعنى-نقض ٦٨/١٢/٣١ فى الطعن رقم ٢ لسنة ٣٧ ق - مجموعة س١٩ ص١٧٩.

(١٤٤) نقض ١٩٧٢/٥/١٧ فى الطعن رقم ٨ لسنة ٣٩ ق - مجموعة س ٢٣ ص٩٥٢ وفى ذات المعنى نقض ١٩٧٧/١/٢٦ فى الطعن رقم ١٥ لسنة ٤٥ ق -

ويلاحظ ان الاحتفاظ للجهة الدينية بحقها فى ابطال الانضمام لا يعد من قبيل منحها سلطة قضائية لم تعد تتمتع بها بعد الغاء المجالس الملية ولكن هذه السلطة تدخل فى صميم إختصاصاتها الدينية التى ظلت باقية لها بعد الغاء القضاء الملى وهو ما قررته محكمة النقض حيث قضت بان "الغاء المحاكم الملية ...... يقتصر على إختصاص المحاكم الملية بولاية القضاء فى بعض مسائل الاحوال الشخصية ، دون ان يمتد الى السلطات الممنوحة لرجال الدين، والتى لازالت باقية لها ، ومن بينها قبول طلبات الانضمام أو رفضها أو ابطالها".[١٤٥]

وتستطيع الكنيسة بمقتضى هذه السلطة أن تواجه اساءة بعض رجال الدين الذين يقبلون تغيير عقيدة بعض الافراد لمساعدتهم على التحايل على القانون.[١٤٦]

ويترتب على ابطال انضمام الشخص الى طائفة معينة أن يظل تابعا لطائفته السابقة وكأن تغييرا لم يحدث فى طائفته. [١٤٧]

ولكن يلاحظ ان قرار الجهة الدينية بابطال الانضمام على النحو سالف الذكر يخضع لرقابة القضاء للتحقق مما إذا كان قد استند فعلا لاسباب معاصرة للانضمام ، فقد يحدث ان ينضم شخص الى طائفة ما عن عقيدة

مجموعة س٢٨ ص٢٩٦ ، نقض ١٩٧٧/٣/٩ فى الطعن رقم ٢١ لسنة ٤٥ ق - مجموعة س٢٨ ص٦٥٤.

(١٤٥) راجع فى هذا المعنى نقض ١٩٧٢/٥/١٧ وباقى الاحكام المشار اليها بهامش١٤٤.

(١٤٦) راجع حسام الاهوانى - السابق ص١٢٠ ويشير الى ان محكمة النقض قد وضعت هذا المبدأ بمناسبة توسع أحد رجال الدين من السريان الارثوذكس فى تغيير العقيدة بحيث ان التغيير كان صوريا وليس حقيقيا مما دفع الرئاسة الدينية الى ابطال كافة شهادات الانضمام التى اصدرها.

(١٤٧) راجع فى هذا المعنى - ذات الاحكام المشار اليها فى هامش ١٤٤.

سليمة وبحسن نية ثم تنشأ ظروف تدفعه الى استعمال الحقوق المترتبة على انضمامه للطائفة الجديدة وهنا لا يمكن القول بان انضمامه للطائفة كان بهدف التحايل على القانون ، فلا يجوز للجهة الدينية ان تصدر قرارا بابطال انضمام وهو القرار الذى يكون له أثر رجعى بحيث يعتبر كان لم ينضم الى هذه الطائفة من قبل ، وان كان ذلك لا يمنع من اصدارها قرارا بفصله وهذا القرار الاخير لا يكون له أثر رجعى.(١٤٨) ويلاحظ أن رقابة القضاء لقرار الجهة الدينية بابطال الانضمام لا تعنى ان القضاء يحاسب هذه الجهة الدينية فى هذا الشأن لانه لا يملك ذلك ، فالجهة الدينية ليست ملزمة بتبرير أوتسبيب القرار الذى تصدره فى هذا الشأن كما أن القاضى لا يصدر حكما بالغاء القرار الصادر من الجهة الدينية بابطال الانضمام ، ولكن اذا تبين أن قرار الابطال لم يكن له مبررات تسوغه وقت الانضمام وأن الانضمام تم بحسن نية فان القاضى يستطيع ان يفصل فى الدعوى مع عدم الاعتداد بهذا القرار بمعنى أن يعتبر انضمام الشخص الى الطائفة كان صحيحا وقت حدوثه فلا يمكن ابطاله بأثر رجعى.(١٤٩)

وهنا تظهر خطورة الدور الذى أصبحت تتمتع به الجهة الدينية ، فلو حدث تغيير العقيدة بقصد التحايل ، فمعنى ذلك أن الجهة الدينية قد خدعت بقبول انضمام الشخص الى الطائفة وعليها ان تبطل قرار انضمامه ، وبهذا فان الجهة الدينية تشارك هى الأخرى فى تحمل المسئولية على التحايل على القانون ، فالفرد ليس له سوى أن يطلب الانضمام الى الطائفة وينتهى دوره

---

(١٤٨) راجع فى هذا المعنى - نقض ٢٦/ ١/ ١٩٧٧ فى الطعن رقم ١٥ لسنة ٤٥ ق - مجموعة س٢٨ ص٢٩٦.
(١٤٩) راجع فى هذا المعنى - نقض ٩/ ٣/ ١٩٧٧ فى الطعن رقم ٢١ لسنة ٤٥ ق - مجموعة س٢٨ ص٦٥٤.

عند هذا الحد حيث تبدأ سلطة الجهة الدينية ويكون عليها التأكد من أن تغيير العقيدة قد تم بحسن نية ولا يستهدف التحايل على القانون.[(١٥٠)]

اعتناق الإسلام لا يخضع لأية اجراءات:

طالما اننا نتحدث عن كيفية تغيير العقيدة فاننا نشير إلى ان القواعد سالفة الذكر تنصرف الى الطوائف المسيحية فى مصر ، أما اعتناق الإسلام فانه يعد عملا إراديا للفرد نفسه ، وتعليل ذلك ان الإسلام لا يعرف ما يسمى برجال الدين أو الجهات الدينية التى يكون لها نوع من الوساطة بين الإنسان وربه ، فصلة المسلم بربه صلة مباشرة ، فيعد الشخص مسلما بمجرد أن يعبر عن ارادته فى اعتناق الإسلام.

ويلاحظ أن تعليمات الشهر العقارى والتوثيق قد نصت على بعض الإجراءات لإشهادات وإشهار الإسلام [(١٥١)] غير أن هذه الاجراءات لا تستهدف سوى تيسير الإثبات أما اعتناق الشخص للإسلام وما يترتب على

(١٥٠) راجع فى هذا المعنى حسام الاهوانى ص١٢٦ ويضيف ان الواقع قد أثبت ان العنصر الأول والشريك الرئيسى فى التلاعب هو بعض رجال الدين الذين فضحتهم الجهات الرئاسية فى الكنيسة ، ومن ثم فان احكام الكنيسة لرقابتها على تابعيها من رجال الدين ينهى المشكلة تماما ، وان كان هناك من يسأل عن الغش فى تغيير العقيدة فانه الجهة الدينية التى تقبل انضمامه ، ولذلك لا يصح ان يحمل المشرع المصرى خطأ غيره وهو الجهة الدينية ، ولا تكون مواجهة هذا الخطأ على حساب حرية العقيدة والمناداة باخضاع الزواج للشريعة التى كان يخضع لها وقت ابرامه دون اعتداد بتغيير العقيدة ، فمن يساهم فى الغش لا يجب عليه ان يتضرر منه بعد ذلك - راجع ص١٣١.

(١٥١) راجع فى هذه الاجراءات مجلة "**القانونية المدنية والشرعية**" - العدد الثالث اغسطس ١٩٩٦ ص٦٤ وتتضمنها المواد ١٣٩ - ١٤٥ من تعليمات الشهر العقارى والتوثيق وأهم ما فيها هو تقديم طلب لمديرية الامن التى تستدعى مندوبا عن ديانة الشخص السابقة لوعظه فاذا أصر على اسلامه تم ارساله الى مكتب التوثيق المختص ليحرر له اشهادا باشهار الإسلام على نموذج معين يثبت فيه حضور الشخص ونطقه بالشهادتين والتبرى من كل دين يخالف دين الإسلام وذلك فى حضور شاهدين ، ونؤكد هنا عدم جواز إتخاذ هذه الاجراءات كوسيلة لربط اعتناق الإسلام بإجراءات معينة والا كان فى ذلك مخالفة للنظام العام.

ذلك من آثار قانونية فانه يتم من اللحظة التى يعتنق فيها الشخص الإسلام حتى ولو لم تكن هذه الاجراءات قد إتخذت وقد استقر على ذلك قضاء محكمة النقض فقررت أن "المقرر شرعا إذا نطق المسيحى بالشهادتين وثبت من وقائع الدعوى انه ترك ديانته المسيحية نهائيا وصار مسلما اسلاما حقيقيا فان ذلك كاف فى اعتباره مسلما شرعا ومعاملته معاملة المسلمين وسريان احكام الإسلام عليه بدون حاجة إلى اعلان هذا الإسلام رسميا أو اتخاذ أى أجراء لاعتباره فى عداد المسلمين" (١٥٢) وأن هذه القاعدة من النظام العام لأنها "من القواعد الاصولية فى الشريعة الإسلامية التى ترتبط ارتباطا وثيقا بالنظام القانونى والاجتماعى الذى استقر فى ضمير الجماعة بحيث يتأذى الشعور العام عند عدم الاعتداد بها" (١٥٣)

ولذلك فقد استقر قضا النقض على إثبات حصول الإسلام باية وسيلة تدل على ذلك ومن الدلائل على حصول الإسلام: إقرار الشخص عند زواجه بمسلمة بخلوه من الموانع الشرعية ، ومن هذه الموانع ان يكون الزوج غير مسلم ، ويعنى ذلك أنه يقر باسلامه.(١٥٤) وإقرار الشخص فى طلب استخراج

---

(١٥٢) نقض ١١/ ١٢/ ١٩٧٤ فى الطعنين رقمى ٢٧ ، ٢٩ لسنة ٤٠ ق - مجموعة س٢٥ ص١٤١٧ وجاء بالحكم أيضا "وكان المفتى به فى الراجح من مذهب الحنفية هـ صحة الإسلام بالشهادتين بلا تبرى لان التلفظ بالشهادتين أصبح علامة على الإسلام وعنوانا له ، لما كان ذلك وكان الحكم المطعون فيه أقام قضاءه بأن المتوفاة ماتت على دين الإسلام إستنادا إلى ما ثبت لديه من البينة الشرعية بأنها نطقت بالشهادتين وانها كانت تؤدى بعض شعائر الدين الإسلامى من صلاة وصوم وتلاوة للقران ..... ولم يجعل من النطق بالتبرى من أى دين آخر شرطا لاعتبارها مسلمة فانه لا يكون قد خالف القانون.

(١٥٣) نقض ٢٠/ ٦/ ١٩٧٩ فى الطعن رقم ١٠٩ لسنة ٤٨ ق مجموعة س ٣٠ ص٧٢٢ ولذلك فقد رفضت المحكمة السماح بتطبيق احكام القانون اللبنانى الذى لا يعتد باسلام غير المسلم إلا إذا تم وفقا للاوضاع المحددة به لمخالفته للنظام العام فى مصر تطبيقا للمادة ٢٨ من القانون المدنى المصرى.

(١٥٤) نقض ١٩/ ١/ ١٩٧٤ فى الطعن رقم ٢٨ لسنة ٣٣ ق - مجموعة س١٧ ص١٧٤ وجاء به انه "بالرجوع إلى الحكم المطعون فيه يبين انه قد أقام قضاءه -

جواز السفر بأنه مسلم. (١٥٥) كما يعتبر غير البالغ مسلما بالتبعية إذا أسلم أى من أبويه.(١٥٦)

ويلاحظ أن الشريعة الإسلامية قد وضعت ضمانا هاما لكى لا يكون اعتناق الإسلام لمجرد التحايل يتمثل فى احكام الردة إذ يجب على الشخص قبل اعتناق للاسلام ان يعلم انه لا خروج منه بعد ذلك وإلا طبقت عليه هذه الاحكام (١٥٧) وهو ما حرصت محكمة النقض على تطبيقه باطراد فى مسائل الاحوال الشخصية بالتفريق بين الزوجين إذا ارتد أحدهما عن الإسلام.(١٥٨)

= بإسلام والد الطاعن واسناده الى تاريخ زواجه بمسلمة فى ٢/ ٩/ ١٩٢٨ على ما جاء فى وثيقة الزواج من اقرار الزوجين بخلوهما من الموانع الشرعية والقانونية ومنها ان يكون الزوج مسيحيا والزوجة مسلمة ورتب على ذلك انه من هذا التاريخ ومن بدء اقرار والد الطاعن بخلوه من الموانع الشرعية يعتبر انه مسلم وانه نطق بالشهادتين وهو استخلاص موضوعى سائغ لدلالة الاقرار يستقل به قاضى الموضوع ولا تراقبه فيه محكمة النقض"

(١٥٥) نقض ١٩٦٥/٤/٢١ فى الطعن رقم ٣٧ لسنة ٣٢ ق - مجموعة س١٦ ص٤٩٦ وجاء به ان "الثابت فى الدعوى انه أقر فى طلب استخراج جواز سفره بتاريخ ١٩٥٤/٥/٣١ بانه مسلم .... وإذا كان ذلك وكان الحكم المطعون فيه .... لم يعول على اقراره انه "مسلم" الثابت فى طلب استخراج جواز السفر .... فانه يكون قد خالف القانون وأخطأ فى تطبيقه"

(١٥٦) نقض ١٩٧٥/١/٢٩ فى الطعن رقم ٤٤ لسنة ٤٠ق - مجموعة س٢٦ ص٢٨٤ وجاء به ان "المتفق عليه فى الفقه الإسلامى ان الولد يتبع أحد ابويه فى الإسلام باعتباره خير الديانات حتى يصير مكلفا ولا تنقطع هذه التبعية ويتحقق التكليف إلا بالعقل والبلوغ ..... وإذ كان الثابت ان المتوفاة لم تكن قد جاوزت الثامنة من عمرها - وعلى ما افصح الحكم - عند اعتناق والدها دين الإسلام فان من المتعين أن تلاحقه دينه الجديد وتتابعه فيه" - وفى ذات المعنى نقض ٧٤/١/٩ فى الطعن رقم ٢١ لسنة ٣٩ ق - مجموعة س٢٥ ص١٢٣.

(١٥٧) راجع فى هذا المعنى - حسام الاهوانى - السابق ص١٣٠.

(١٥٨) راجع نقض ٣٠/ ٣/ ١٩٦٦ فى الطعن رقم ٢٠ لسنة ٣٤ ق - مجموعة س١٧ ص٧٨٢ ونقض ٥/ ٨/ ١٩٩٦ فى الطعون أرقام ٤٧٥ ، ٤٧٨ ، ٤٨١ لسنة ٦٥ ق - لم ينشر بعد ، وعلى العكس تتشدد محكمة النقض فى الدلائل التى يستفاد منها اعتبار الشخص مرتدا عن الإسلام فقضت بان "تمسك الزوج ببطلان زواجه من الطاعنة لعدم توافر اركانه المقررة فى شريعة اليهود التى انعقد طبقا لاحكامها وقت ان كان موسوى =

الفرع الخامس

مسألة التعويض عن تغيير العقيدة (١٥٩)

يلاحظ أن الشخص قد يستعمل حريته فى تغيير العقيدة بقصد التحايل على القانون واجب التطبيق ، وقد ينتج عن هذا التحايل ضرر بالطرف الآخر فى العلاقة فهل يجوز الحكم بالتعويض على الشخص الذى غير عقيدته لصالح الطرف الآخر الذى أصابه الضرر؟

نبدى أولا ملاحظة حول اساس التعويض فى هذه المسألة ، وبعيدا عن الخلافات الفقهية التى يمكن ان تثور هنا فان التعويض سواء كان مؤسسا على القواعد العامة للمسئولية التقصيرية (الخطأ - والضرر - وعلاقة السببية) أو على اساس نظرية التعسف فى استعمال الحق ، فلابد ان يكون مستندا لخطأ ارتكبه الشخص الذى غير عقيدته ، إذ أن "التعسف فى استعمال الحق خطأ يوجب التعويض"(١٦٠)

- الديانه لايجعله مرتدا عن الإسلام الذى اعتنقه باشهار اسلامه" نقض ١٩٦٩/٥/٧ فى الطعن رقم ٢٠ لسنة ٣٦ ق مجموعة س٢٠ ص٧٥١.

(١٥٩) راجع فى هذه المسألة تفصيلا - ايهاب اسماعيل - اصول الاحوال الشخصية ص٢١٠ وما بعدها - حسام الاهوانى - السابق ص١٣٣ وما بعدها.

(١٦٠) السنهورى - الوسيط - الجزء الأول - المجلد الثانى (العمل الضار والاثراء بلا سبب والقانون) ص١١٧٩ ، وقد نصت المادة ٥ من القانون المدنى على أن "يكون استعمال الحق غير مشروع فى الاحوال الآتية:
(أ) إذا لم يقصد به سوى الاضرار بالغير.
(ب) إذا كانت المصالح التى يرمى إلى تحقيقها قليلة الاهمية ، بحيث لا تتناسب البتة مع ما يصيب الغير من ضرر بسببها.
(جـ) إذا كانت المصالح التى يرمى إلى تحقيقها غير مشروعة".
راجع فى عرض الاستناد لنظرية التعسف للقضاء بالتعويض فى هذا الشان-أحمد سلامة- الأحوال الشخصية للوطنيين غير المسلمين والأجانب ص ٣٠٠ وما بعدها ، وهو يرى عدم فائدتها فى هذا الشان - راجع ص٣٠٤ وما بعدها.

ومسألة التعويض هنا لا تخرج عن فرضين:

الأول: هو التعويض عن تغيير العقيدة فى حد ذاته.

والثانى: هو التعويض عن اساءة استعمال الحقوق التى تترتب على تغيير العقيدة.

الفرض الأول: التعسف فى استعمال الحق فى تغيير العقيدة:

يرى بعض الفقه جواز التعويض فى حالة التغيير المبنى على الغش على أساس نظرية التعسف فى استعمال الحق ولا يرى فى ذلك أى مساس بحرية العقيدة ، فإلزام الشخص بدفع تعويض إذا أساء استعمال حقه ليس من شأنه البتة المساس بذلك الحق أو ممارسة نوع من الضغط على الشخص يؤدى الى حرمانه من ذلك الحق ، فيجب أن تمارس الحقوق التى كفلها الدستور فى حدودها المشروعة قانونا وفقا لنظرية التعسف فى استعمال الحق، ويجب بطبيعة الحال أن تتوافر جميع الشروط القانونية اللازمة لاعمال هذه النظرية من حيث وجود ضرر وعلاقة سببية الى جانب عنصر الخطأ طبقا للمعايير التى أوضحتها المادة الخامسة من القانون المدنى ، وأن حرية الاعتقاد شئ والآثار التى تترتب على ذلك الاعتقاد مسألة أخرى ، فالشخص حسن النية لن يخشى شيئا أما بالنسبة للشخص سئ النية فليس هناك ما يشكو منه فهو الذى أساء استعمال حقه ، ولا يعترض على ذلك بان قضاء النقض قد استقر على عدم جواز البحث فى النوايا والدوافع التى أدت الى تغيير العقيدة ، وهو ما يجب لاثبات التعسف ، لان الأمر هنا لا يتعلق بالاعتراف بتغيير العقيدة بل يتعلق بالتعويض عن التعسف فى استعمال الحق وهنا لن يكون البحث عن النية الحقيقية بامر مستعص فكثيرا ما تكون الظروف

واضحة الدلالة على نية الغش كما لو أن الشخص غير عقيدته بين دعويين ثم ارتد مرة أخرى الى طائفته الاولى. (١٦١)

ونرى أن هذا الرأى يطرح هنا فرضا لا يتصور وجوده عملا ، فالتعويض يكون عن الضرر ولا نرى ان مجرد تغيير العقيدة يمكن أن يسبب ضررا للغير فى حد ذاته ، فلا يتحقق الضرر إلا إذا استخدم الشخص الذى غير عقيدته الحقوق التى تترتب على هذا التغيير مثل قيام الزوج بطلاق زوجته بارادته المنفرده نتيجة لتطبيق احكام الشريعة الإسلامية وهنا يتعلق الأمر بالفرض الثانى وهو اساءة استخدام الحقوق التى تترتب على تغيير العقيدة.

الفرض الثانى: اساءة استعمال الحقوق التى تترتب على تغيير العقيدة: (١٦٢)

والمثال الذى يطرح هنا عادة هو قيام الزوج بايقاع الطلاق بارادته المنفردة نتيجة لتطبيق أحكام الشريعة الإسلامية ، ويستطرد البعض هنا فيقول أن الفقه والقضاء قد انقسم الى فريقين يرى أولهما أن الطلاق حق للزوج المسلم يستعمله كما يشاء دون أن يلتزم بالتعويض عن استخدام ذلك الحق ويرى ثانيهما جواز التعويض. (١٦٣)

ويبدو لنا وجود نوع من الخلط فى هذه المسألة على وجه الخصوص، وهى مسألة مدى جواز التعويض عن الطلاق بالارادة المنفردة وفقا لأحكام

---

(١٦١) راجع فى هذا الرأى تفصيلا - حسام الاهوانى - السابق ص١٣٣ وما بعدها ومن انصار جواز التعويض فى هذه الحالة أيضا - ايهاب اسماعيل - اصول الاحوال الشخصية إذ يرى "أن الانحراف فى ممارسة رخصة تغيير الديانة قد يرتب التعويض ان توفرت شروط المسئولية المدنية وهى الخطأ والضرر ورابطة السببية بينهما" ص٢٢٨.

(١٦٢) راجع تفصيلا - احمد سلامة - السابق ص٣٢٣ وما بعدها - حسام الاهوانى - السابق ص١٤٠ وما بعدها.

(١٦٣) راجع فى عرض الرأى الأول - حسام الاهوانى - السابق ص١٤٠ ، وفى عرض الرأى الثانى ص١٤١.

الشريعة الإسلامية ، فالمسألة هنا - وعلى فرض التسليم بالرأى القائل بجواز التعويض فى هذه الحالة - لا تتعلق بتغيير العقيدة اطلاقا ، حتى ولو قلنا أن التعويض هنا عن اساءة استعمال الحقوق التى تنشأ عن تغيير العقيدة ، فالزوج الذى غير عقيدته فاصبح من حقه ايقاع الطلاق بارادته المنفردة وفقا لاحكام الشريعة الإسلامية ، يكون فى ذات المركز وله ذات الحقوق التى تكون للزوج المسلم من الأصل ، فالمسألة هنا أكثر عمومية من مجرد استعمال الحقوق التى تترتب على تغيير العقيدة ، وإلا كان من المتصور القول بأن مسألة التعويض تكون مطروحة فقط بالنسبة للزوج الذى غير عقيدته فقط دون الزوج المسلم من الأصل ، فالشخص الذى يعتنق الإسلام مثلا يصبح فى ذات الوضع الذى للزوج المسلم من الأصل ، ولا يكون فى وضع قانونى مخالف لمجرد انه كان على ديانة أخرى من قبل ، فإذا قلنا بجواز التعويض عن قيامه بايقاع الطلاق بارادته المنفردة فان التعويض هنا يكون عن اساءة استعمال حق أو رخصة الطلاق بصفة عامة وليس لأن الزوج قد اساء استعمال أحد الحقوق التى منحها له دينه الجديد.

ولذلك فاننا نرى أنه لا يجوز التعويض عن تغيير العقيدة في حد ذاته أو عن اساءة استعمال الحقوق التى تنشأ عن تغيير العقيدة إلا إذا كان من الجائز التعويض عن اساءة استعمال هذه الحقوق بصفة عامة بغض النظر عن مسألة تغيير العقيدة.(١٦٤)

---

(١٦٤) ونشير هنا باختصار الى ان الرأى الأول فى مسألة جواز التعويض عن الطلاق بالارادة المنفردة - والذى لا يجيز التعويض - يستند إلى ان ايقاع الطلاق هو حق مطلق للزوج المسلم يستعمله كما يشاء ، وليس لمن تتزوج به وهى عالمة بذلك ان تطلب تعويضا بعد وقوع الطلاق ، وان إجازة التعويض تؤدى إلى إفشاء أسرار العائلات عند بحث أسباب الطلاق ولان حق الطلاق فى الشريعة الاسلامية جائز لمجرد الرغبة فى الخلاص من الزوجة ، أما الرأى الثانى فيجيز التعويض على اساس التعسف فى استعمال حق الطلاق ويستند لان الزوجة قد يصيبها من الطلاق أضرار مادية - مثل تدهور-

---

=مستوى معيشتها أو أدبية - مثل الاساءة لسمعتها رغم ان الطلاق قد يكون لسبب لا يرجع لها ، وأن حق الطلاق ليس مشروعا فى ذاته ولكن للضرورة فهو مقيد بوجوب أن يكون لحاجة تدعو إليه ، ولا يحتج بأسرار العائلات لان جلسة المحاكمة يمكن أن تكون سرية ، فمتى ثبت خطأ الزوج وإنطوى الطلاق على نوع من التعسف فإن الزوجة تستحق تعويضا عن الاضرار المادية والادبية طبقا للقواعد العامة فى القانون المدنى - راجع حسام الاهوانى السابق ص١٤٤ ، ويضيف ان التعويض عن التعسف فى استعمال الحق فى الطلاق قد قننه المشرع بصورة غير مباشرة فى المادة ١٨ مكرر من الرسوم بقانون رقم ٢٥ لسنه ١٩٢٩ المضافة بالقانون رقم ١٠٠ لسنه ١٩٨٥ والتى نصت على أن "الزوجة المدخول بها فى زواج صحيح إذا طلقها زوجها دون رضاها ولا بسبب من قبلها تستحق فوق نفقه عدتها متعه تقدر بنفقه سنتين على الأقل وبمراعاة حال المطلق يسرا وعسرا وظروف الطلاق ومدة الزوجية ، ويجوز أن يرخص للمطلق فى سداد هذه المتعة على أقساط" فالمشرع قد أقر ببساطة مبدأ تعويض الزوجة اذا طلقت لسبب لا يرجع إليها وبدون رضاها - حسام الاهوانى - السابق ص ١٤٥ ، ويبدو أن وجود نص المادة المذكورة يشجعنا أن ننضم للرأى الثانى خاصة وأن النص سالف الذكر قد قرر أن الحد الأدنى لمبلغ المتعة هو نفقه سنتين ومعنى ذلك أن هذا المبلغ قد يزيد على ذلك فكيف يحدد مقدار الزيادة؟ أعتقد أنه يحدد بمقدار ما أصاب الزوجة من أضرار من هذا الطلاق ، وقد حدد النص العناصر التى تساعد فى تحديد قيمة الضرر ومنها "ظروف الطلاق" ويمكن تفسير هذه العبارة بأنها تسمح بالبحث عما إذا كان قرار الزوج بإيقاع الطلاق صائبا أم خاطئا وأيضا "مدة الزوجية" وهو ما يسمح بالبحث عما إذا كان الزوج قد أوقع الطلاق دون مراعاة لمدة الحياة الزوجية وهو ما قد يحمل معنى انعدام الوفاء وعدم التقدير للمعيشة المشتركة التى استمرت فترة طويلة على سبيل المثال ، وننبه أننا لا يمكن أن نصل بأى حال الى محاولة التقييد من حق الزوج المسلم فى إيقاع الطلاق بارادته المنفردة، إذ يتعلق هذا الحق أو هذه الرخصة بالنظام العام ، ولكن لا اعتقد أن الله سبحانه وتعالى قد أباح اساءة استعمال هذا الحق بالاضرار بالزوجة الصالحة ولا أستطيع أن اسلم بأن الطلاق يكون هدفا فى حد ذاته ولكنه وسيلة لانها حياة زوجية فاشلة ، ولا يعقل القول بأن للزوج الحق فى إنهاء علاقة زوجيه تسير فى مجراها العادى لمجرد رغبته فى ذلك ، فإذا ما تصرف على هذا النحو فانه يكون قد أخطأ وأصاب الزوجة بالضرر وهو ما يستوجب التعويض ، ويتفق هذا التحليل الى حد بعيد مع نص المادة ١٨ مكرر سالفة الذكر.

المطلب الثانى

وجود جهة قضاء ملى منظمة للطائفة

وقت صدور القانون ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥

نكرر أن المادة ٦ /٢ من القانون ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥ تنص على انه "أما بالنسبة للمنازعات المتعلقة بالأحوال الشخصية للمصريين غير المسلمين والمتحدى الطائفة والملة الذين لهم جهات قضائية منظمة وقت صدور هذا القانون فتصدر الأحكام – فى نطاق النظام العام – طبقا لشريعتهم".

وهكذا لو اتحد الأطراف فى الملة والطائفة ولكن لم تكن لهم جهة قضاء ملى منظمة وقت صدور القانون المذكور فلا تطبق الشريعة الخاصة بل تطبق الشريعة الإسلامية.(١٦٥) ولم يفعل المشرع هنا أكثر من تقنين الوضع الذى كان عليه العمل وقت صدور القانون ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥ حيث كانت المحاكم الشرعية تختص بنظر منازعات الأحوال الشخصية لغير المسلمين الذين لم يكن لهم مجلس ملى مختص ، وبطبيعة الحال فإنها كانت تطبق أحكام الشريعة الإسلامية عليهم.(١٦٦)

---

(١٦٥) ويقرر البعض فى هذا الشأن "أن المجالس الطائفية كانت جهات قضائية وتبعا لذلك كان لكل طائفة جهة قضائية عدا طائفة واحدة هى طائفة اللاتين ، فهذه لم تقم لها هيئة مختصة للفصل فى مسائل الأحوال الشخصية لافرادها" أحمد سلامة – السابق ص٢٤٣.

(١٦٦) راجع حسام الاهوانى – السابق ص١٦١ ، ويلاحظ استعمال النص لكلمة "ملية" وقد توحى هذه الكلمة بان الجهة القضائية المقصودة هى تلك التى تخص احدى الملل (أى المذاهب) دون تلك التى تخص الطوائف المتفرعة عن هذه المذاهب إلا أن الفقه متفق على أن المقصود بذلك الجهات القضائية الخاصة بالملل (كما هو الحال بالنسبة للانجيليين) أو الخاصة بالطوائف (مثل الاقباط الارثوذكس) – راجع فى هذا المعنى – أحمد سلامة السابق ٢٤٣ وما بعدها ، توفيق فرج – السابق ص٢٥٠ ، حسام الاهوانى – السابق ١٦٢، ١٦٣.

على أنه لا يكفى وجود جهة قضائية ملية فى ذلك الوقت بل يجب أن تكون منظمة وذلك بصدور قانون ينظمها من الجهة المختصة بالتشريع فى الدولة ، وهو ما يقتضى أن نتناول بشئ من الإيجاز السند التشريعى لولاية الجهات القضائية منذ عهد الدولة العثمانية.

فإختصاص الجهات القضائية للطوائف المختلفة يستند إلى الخط الهمايونى الصادر فى ١٨ فبراير ١٨٥٦ الذى هو دستور الدولة العلية فى ذلك العصر والذى نظم الادارة والمحاكم فى كل المملكة والذى نص على تنظيم البطريكخانات أيضا وسلخ إختصاصها الادارى والمدنى والجنائى وابقى لها دعاوى الأحوال الشخصية فقط.[١٦٧] ويكمله التحريرات السامية الصادرة فى ٣ فبراير ١٨٩١ لبطريركية الروم وفى أول إبريل سنه ١٨٩١ لبطريركية الارمن التى تجعل إختصاص البطريكخانات اجباريا لا يحتاج الى اتفاق الخصوم فى مواد الأنكحة وما يرتبط بها من نفقة وجهاز ونسب ومادة الوصية ، أما دعوى الميراث فيجب فيها فقط اتفاق الطرفين ، وقد تم تعميم حكم التحريرات السامية سالفة الذكر على سائر الملل غير المسلمة بالتحريرات السامية الصادرة فى مايو ١٨٩١.[١٦٨]

هذا عن التشريعات العثمانية التى نظمت الجهات القضائية الملية واعمالا لها فقد صدرت عدة تشريعات من الحكومة المصرية بتنظيم بعض المجالس الملية ، فصدر قانون للمجلس الملى للاقباط الارثوذكس فى ١٤ مايو ١٨٨٣ وآخر للانجيليين الوطنيين فى أول مارس ١٩٠٢ وثالث للأرمن الكاثوليك وهو القانون رقم ٢٧ لسنة ١٩٠٥ وقد نظمت هذه القوانين طرق

---

(١٦٧) احمد صفوت - السابق ص١٠.
(١٦٨) احمد صفوت - السابق ١٥.

التقاضى أمام تلك المجالس ، وطرق الطعن فى أحكامها ، وكذلك طرق تنفيذها.(١٦٩)

وفى سنه ١٩١٥ لما انفصلت مصر عن تركيا صدور القانون رقم ٨ لسنة ١٩١٥ الذى أجاز للطوائف الدينية الاستمرار فى ولاية الحكم الثابتة لها بان نص على أن: "السلطات القضائية الاستثنائية المعترف بها حتى الآن فى الديار المصرية تستمر إلى حين الإقرار على أمر آخر على التمتع بما كان لها من الحقوق عند زوال السيادة العثمانية ....(١٧٠) وبمقتضى هذا القانون أصبحت الطوائف تستمد ولايه الحكم من الحكومة المصرية مباشرة وانقطعت صلتها بالتشريع العثمانى ، إنما بقى إختصاصها محدودا بالخط الهمايونى وبالمنشورات اللاحقة له التى لم تمسها الحكومة المصرية بالتعديل ، ورغم أن الحكومة المصرية لم تنظم بقوانينها سوى ثلاثة طوائف فقط إلا أن الطوائف التى لم تنظمها الحكومة المصرية "تتمتع بولاية الحكم فى دعاوى الأحوال الشخصية كالطوائف المنظمة بقانون تماما بدون أدنى فارق وبشرط واحد هو أن تكون الطائفة معترفا بها من قبل الحكومة المصرية ولو لم يصدر لها فرمان أو براءة"(١٧١)

وهذا هو الرأى الراجح فى هذه المسألة وهو تمتع جميع الجهات القضائية الملية بالإختصاص القضائى فى مجال الأحوال الشخصية استنادا للقانون رقم ٨ لسنة ١٩١٥ حتى ولم ينظم البعض منها بقانون خاص بكل منها ، وقد حسمت محكمة النقض كل نزاع بهذا الشأن فقررت أنه "ومن حيث

(١٦٩) راجع - احمد صفوت - السابق - السابق ص١٧.
(١٧٠) راجع - احمد صفوت - السابق - ص١٧.
(١٧١) راجع - احمد صفوت - السابق ص١٨ وراجع ايضا أحكام محاكم الاستئناف الأهلية والمختلطة التى أشار إليها بهامش (١) بذات الصفحة.

أنه عن الدفع بعدم إختصاص المجلس الملى للروم الكاثوليك بالفصل فى دعاوى النفقة تأسيسا على أنه لم يصدر بشأنه تشريع خاص وأن القانون رقم ٨ لسنة ١٩١٥ لم يخول هذا المجلس إختصاصا قضائيا ، وأن الفرمانات الصادرة من الدولة العلية لا تعتبر نافذة فى مصر إلا إذا صدر قانون يقضى بنفاذها ، هذا الدفع مردود بأنه مهما يكن الرأى فى الفرمانات التركية الصادرة فى شأن إختصاص مجالس الطوائف الملية وسريانها بذاتها فى مصر أو حاجتها إلى تشريع خاص يصدر بنفاذها ، وكذلك ما إذا كانت تلك المجالس تختص بالفصل فى مسائل الأحوال الشخصية الخاصة برعايا الطوائف من أبناء الملة الواحدة على سبيل التحكيم أو على سبيل القضاء الملزم ، مهما يكن الرأى فإنه لا نزاع فى أن طائفة الروم الكاثوليك هى من الطوائف التى كان معترفا لمجلسها الملى بولاية الفصل فى المنازعات الخاصة بالأحوال الشخصية (ومنها مسائل النفقات بين الزوجين التى تقوم بين أبناء تلك الطائفة) ولما كان القانون رقم ٨ لسنة ١٩١٥ قد نص فى المادة الأولى منه على أن ..... السلطات القضائية الاستثنائية المعترف بها حتى الأن فى الديار المصرية تستمر إلى حين الإقرار على أمر آخر على التمتع بما كان لها من الحقوق ، عند زوال السيادة العثمانية ..... وعلى ذلك فان السلطات القضائية المذكورة هى والهيئات التى تمارس تلك السلطات اعمالها يكون مخولا لها بصفة مؤقتة جميع الإختصاصات والحقوق التى كانت تستمدها لغاية الآن من المعاهدات والفرامانات والبراءات العثمانية. ومن مقتضى ذلك أن المجلس الملى لطائفة الروم الكاثوليك اصبح يستمد ولايته من

القانون رقم٨ لسنة ١٩١٥ فلا محل للجدل فى أصل مشروعية ولايته التى كان يباشرها قبل صدور هذا القانون". [١٧٢]

هذا فيما يتعلق بتحديد السند التشريعى لولاية المجالس الملية وقت صدور القانون ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥ وبمعنى آخر: تحديد الجهات القضائية الملية المنظمة وقت صدور القانون ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥ ، فإذا كان للطائفة مجلس قضائى منظم على هذا النحو فإن الشرط الذى تطلبه القانون يكون متحققا ، إلا أن بعض الفقه يشترط إضافة إلى ذلك "ضرورة أن يكون للطائفة وجود قانونى معترف به قبل سنه ١٩٥٥" بان تكون الحكومة المصرية قد اعترفت بوجود تلك الطائفة ولو بطريقة غير مباشرة مثل تعيين رئيسها الدينى ويهدف هذا الشرط إلى بسط نوع من رقابة الدولة على الطوائف غير الإسلامية ، وحتى لا يقوم مدع يجمع عدة اتباع حوله ويتخذ لهم نظاما للزواج والطلاق وما يتبعها من العلاقات العائلية وينصب من نفسه قاضيا يتمتع بولايه الحكم عليهم فى المسائل الخاصة باحوالهم الشخصية. [١٧٣]

ويبدو لنا عدم فائدة مثل هذا الشرط إذ أن نص المادة ٦ / ٢ من القانون ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥ لم يتضمن مثل هذا الشرط فى الطائفة التى يكون لها جهه قضائية منظمة وقت صدوره ، هذا من الناحية القانونية ، أما من ناحية المنطق فلا يتصور لهذا الشرط فائدة ما فالطائفة لا يخرج أمرها عن حالتين:

---

(١٧٢) نقض٢٢/٥/١٩٥٤ فى الطعن رقم ٣ لسنة ٢٣ ق مجموعة س ٥ ص ٧٠١

(١٧٣) حسام الاهوانى – السابق ص١٦٥ وما بعدها وفى ذات المعنى – أحمد سلامة – السابق ص٢٤٩.

الأولى: أن تكون الطائفة موجودة وقت صدور القانون ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥ وكانت لها جهة قضائية منظمة على النحو سالف الذكر : فهنا يتوافر الشرط الذى تطلبه القانون ، ولا يتصور أن تكون للطائفة جهة قضائية منظمة إلا إذا كانت معترفاً بها من الحكومة المصرية ، أما إذا لم يكن لها جهة قضائية منظمة فإن مسألة اعتراف الحكومة المصرية بها لن يكون لها أى فائدة فى هذا الشأن ، فلن تطبق الشريعة الخاصة طالما أن الطائفة ليس لها جهة قضائية منظمة وقت صدور القانون ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥.

والثانية: أن تنشأ الطائفة بعد صدور القانون ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥ : وهنا لن يتصور عقلا أن يكون لها جهة قضائية ملية منظمة وقت صدور القانون المذكور إذ أن الطائفة نفسها لم يكن لها وجود وقت صدوره ولا تكون لمسألة اعتراف الحكومة المصرية بها أية فائدة فى هذا الشأن.(١٧٤)

---

(١٧٤) والواقع أن الفقه الذى يتطلب هذا الشرط يستند إلى ما ذكره أحمد صفوت فى مؤلفه السابق الاشارة اليه حيث يقرر "وعلى ذلك فالطوائف التى لم تنظم أمورها من قبل الحكومة المصرية تتمتع بولاية الحكم فى دعاوى الأحوال الشخصية كالطوائف المنظمة بقانون تماما بدون أدنى فارق وبشرط واحد هو أن تكون الطائفة معترفا بها رسميا من قبل الحكومة المصرية ولم لم يصدر لها فرمان ولا براءة" ص١٨ (ويشير فى هذا المعنى إلى بعض الأحكام الصادرة عن محاكم الاستئناف الاهلية والمختلطة ومجلس حسبى مصر) ويضيف "والا لجاز لكل داع يجمع حوله أتباعا ويتخذ له نظاما خاصا للزواج والطلاق وما يتبعها من العلائق العائلية أن ينصب نفسه قاضيا ويتمتع بولاية الحكم عليهم فى كل احوالهم الشخصية ، ويحصل هذا الاعتراف باعتماد تعيين رئيسها بامر عال للطوائف التى لها رئاسة مستقلة أو بقرار من وزير الداخلية للطوائف التى رئاستها فى مصر تابعة لرئيس اعلا فى بلد آخر" – احمد صفوت السابق ص١٨ وواضح مما سبق أن هذا الشرط ليس شرطا عاما لتطبيق الشريعة الخاصة يضاف إلى شرط أن يكون للطائفة جهة قضائية منظمة ولكنه شرط خاص بمجالس الطوائف التى لم يصدر قانون بتنظيمها من الحكومة المصرية لكى تعتبر هذه المجالس من قبيل الجهات القضائية المنظمة ، فهو ليس شرطا عاما بالنسبة لجميع الطوائف كما يفهم من رأى الفقه سالف الذكر ويفقد هذا الشرط أى قيمة له بعد حسم محكمة النقض لموقف مجالس الطوائف التى لم يصدر قانون مصرى بتنظيمها وقضائها بأن هذه المجالس تستند فى وجودها للقانون رقم ٨ لسنة ١٩١٥، ويستند هذا الرأى أيضا لبعض أحكام محكمة النقض ويستدل منها على شرط ضرورة أن يكون للطائفة وجود قانونى قبل العمل بقانون سنة ١٩٥٥ ويشير إلى نقض-

=٢٦/٤/١٩٧٨ بشأن طائفة "الادفنتست" حسام الاهوانى ص١٦٦ ، وبمراجعة حكم محكمة النقض سالف الذكر نجد أنه يقرر "أن المشرع اعتبر أن اتباع المذهب البروتستانتى فى مصر طائفة واحدة عرفت بطائفة الإنجيليين دون أن يكون لتعدد شيع وفرق وكنائس هؤلاء الاتباع اى أثر فى تنظيم شئونهم القانونية ..... مما مفاده ، أن أية كنيسة أو شيعة أو فرقة تفرعت عن المذهب البروتستانتى لا يمكن اعتبار الانضمام اليها تغييرا للعقيدة الدينية ، طالما أن المشرع اعتد بطائفة الإنجيليين الوطنيين كوحدة واحدة ورسم وسيلة الانضمام اليها. لما كان ما تقدم وكان البين من مدونات الحكم المطعون فيه ان الطاعن اقام دعواه على سند من أنه انضم الى طائفة الإنجيليين ثم تبين ان انتماءه كان لجماعة السبتيين (الادفنتست) وهى احدى شيع الذهب البروتستانتى ..... وكان المجلس الملى العام لطائفة الإنجيليين الوطنيين ...... هو صاحب الإختصاص الوحيد بالفصل فى طلبات الانضمام الى الطائفة الواحدة بكافة شيعها وفرقها وكنائسها ..... فان اقتصار الطاعن على الانتماء الى جماعة السبتيين ليس من شأنه فى التشريع القائم أن ينتج أى أثر قانونى فى صدد تغيير الطائفة أو الملة بما يخرجه من وحدة طائفية إلى أخرى يجيز له إيقاع الطلاق بإرادته المنفردة وفق الشريعة الإسلامية ، ولا يغير من ذلك أن هذه الجماعة تتبع قواعد دينية خاصة أو أن لها كنائس مأذون بها من وزارة الداخلية لان ذلك لا يخول لها إلا أن تمثل فى المجلس الملى العام للطائفة الانجيلية .... وبعد موافقة ذلك المجلس" - نقض ٢٦/٤/١٩٧٨ فى الطعن رقم ٢٣ لسنة ٤٦ ق - مجموعة س٢٩ ص١١٣٧ ، وراجع ايضا نقض ٩/٤/١٩٨٥ فى الطعن رقم ٤١ لسنة ٥٤ ق مجموعة س٣٦ ص٥٨٣ - ويتضح من الحكم سالف الذكر أن محكمة النقض لم تعترف بأى أثر قانونى لانضمام الطاعن الى طائفة الادفنتست لاعتبارين اثنين هما:

١- أن المشرع قد اعتبر البروتستانت فى مصر طائفة واحدة هى طائفة الإنجيليين الوطنيين.

٢- ان الانضمام لطائفة الإنجيليين لا يكون صحيحا الا بموافقة المجلس الملى العام لطائفة الإنجيليين الوطنيين وهو ما لم يتحقق بالنسبة للطاعن.

ولا يتضح لنا من مطالعة الحكم أى اشتراط لضرورة أن يكون للطائفة وجود قانونى معترف به قبل العمل بالقانون ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥ ، فسواء كانت طائفة الادفنتست موجودة قبل ذلك القانون أم وجدت بعده ، فلن يكون لذلك أى أثر قانونى طالما ان المجلس الملى العام لطائفة الإنجيليين لم يقبل طلب انضمام الشخص الى هذه الطائفة فإذا فرض وكان الشخص منتميا لطائفة الاقباط الارثوذكس ثم انضم لطائفة الادفنتست وبناء على ذلك قبل المجلس الملى العام لطائفة الإنجيليين انضمامه لطائفة الإنجيليين فإن انضمامه لها ينتج أثره القانونى فكل ما يستفاد من الحكم المذكور هو أن البروتستانت فى مصر طائفة واحدة وأن الانضمام إليها لا يكون إلا عن طريق المجلس الملى العام الخاص بها.

كما أشار الرأى أيضا إلى قضاء محكمة النقض بأن الانضمام إلى الكنيسة الاسقفية بالولايات المتحدة وهى إحدى شيع المذهب البروتستانتى لايعد تغييرا للطائفة أو الملة - حسام الاهوانى - ص١٦٧ - ويشير فى هامش (٢) إلى نقض ٢٨/٣/٧٩ فى الطعن ٢٩ لسنة ٤٧ ق ، ونقض ٦/٢/١٩٨٠ فى الطعن ٣١ لسنة ٤٧ ق ، ونقض ٢٧/٢/١٩٨٠ فى الطعن ٣٥ لسنة ٤٦ ق. وبمطالعة الأحكام سالفة الذكر يتبين ان حكم النقض فى ٢٨/٣/١٩٧٩ فى الطعن ٢٩ لسنة ٤٧ ق - مجموعة س ٣٠ ص٩٦٨ والخاص بالكنيسة الاسقفية بالولايات المتحدة الامريكية لا يخرج فى مضمونه عن ذات=

المطلب الثالث

عدم تعارض القاعدة المطبقة مع النظام العام فى مصر(١٧٥)

نذكر بأن المادة ٦ / ٢ من القانون ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥ تنص على أنه "أما بالنسبة للمنازعات المتعلقة بالأحوال الشخصية للمصريين غير المسلمين والمتحدى الطائفة والملة الذين لهم جهات قضائية منظمة وقت صدور هذا القانون فتصدر الأحكام – فى نطاق النظام العام – طبقا لشريعتهم".

ويتضح من النص المذكور أنه إذا كان الحكم المنصوص عليه فى الشريعة الطائفية مخالفا للنظام العام فى مصر فان هذا الحكم يستبعد وتطبق

قضاء محكمة النقض بشأن طائفة الادفنتست ولا يشير بأى نحو إلى الشرط الذى اشترطه الرأى المذكور ، وأن حكم النقض فى ١٩٨٠/٢/٦ فى الطعن رقم ٣١ لسنة ٤٧ ق مجموعة س ٣١ ص٤٣٩ خاص بطائفة الادفنتست ايضا ويكرر ذات قضاء النقض بشأنها ، أما نقض ١٩٨٠/٢/٢٧ فى الطعن رقم ٣٥ لسنة ٤٦ ق مجموعة س ٣١ ص٦٤٦ فليس خاصا باحدى الطوائف الجديدة ، على الاطلاق وكل ما ورد به أن مجرد صدور شهادة من أحد القساوسة لا يعنى الانضمام إلى طائفة الإنجيليين فقد ورد بالحكم "لما كان البين من الحكم المطعون فيه أنه استند فى قضائه بانضمام المطعون عليه إلى طائفة الإنجيليين إلى الشهادة المؤرخة ١٩٦٥/١/١٥ الصادرة له من القس .... ولما كان النص فى المادة ٢٠ من الأمر العالى المؤرخ ١٩٠٢/٣/١ .... يدل على أن المشرع جعل من المجلس الملى الانجيلى العام الهيئة ذات الإختصاص الاصيل فى قبول الانضمام الى طائفة الإنجيليين ، وإذ كان قرار المجلس الملى العام ببطلان قرار انضمام المطعون عليه بطلانا مطلقا لعدم التصديق عليه قد صدر فى نطاق السلطات الكنسية ومؤداه ان تغييرا لم يحدث فى طائفته بل يظل قبطيا ارثوذكسيا ولا يجوز له ايقاع الطلاق بارادته المنفردة".

(١٧٥) راجع تفصيلا: صلاح الدين عبد الوهاب – النظام العام فى الأحوال الشخصية فى مصر – المحاماة س ٣٩ العدد ٢ ص١٩٥ – ٢٠٤ ، العدد ٣ ص٣٤٨ – ٣٥٧ ، حسام الاهوانى – السابق ص١٦٨ وما بعدها ، أحمد سلامة – السابق ص٣٣٠ وما بعدها ، الا أنه يعرض المسألة بطريقة أخرى فيقول أن الشرط الأول والثانى يكفيان لتطبيق الشريعة الخاصة فاذا تعارضت الشريعة الخاصة مع النظام العام فانها لا تطبق باعتبار ذلك مانعا من تطبيقها – راجع فى هذا المعنى ص٢٥٢ من مؤلفه حيث يفرق بين الشرط والمانع ، ولا يبدو لنا رغم وجاهة هذه التفرقة من الناحية النظرية أن لها اهمية عملية تذكر ، فيستوى لدينا أن نقول أنه يشترط لتطبيق الشريعة الخاصة الا تتعارض مع النظام العام أو أن نقول (أخذا بمنطق الرأى المذكور) أن الشريعة الخاصة تطبق ما لم يقم مانع يحول دون ذلك هو تعارضها مع النظام العام.

أحكام الشريعة الإسلامية ، وتظهر فكرة النظام العام دائما فى حالة وجود تنازع بين الشرائع وبصفة خاصة التنازع الخارجى بين الشرائع ، فالقانون الوطنى "إذ يسمح بتطبيق القانون الأجنبى لا يتوقع بطبيعة الحال أن تكون أحكام هذا القانون مطابقة لأحكام القانون الوطنى ، ولكنه يفترض وجود حد أدنى من التقارب بين الاصول العامة للقانونين فإذا وصل الاختلاف بين القانونين الى درجة من التنافر الصارخ بحيث كانت أحكام القانون الأجنبى غير مقبولة اصلا فى ضمير المجتمع وجب استبعاده ..... فعلى هذا النحو يبدو الدفع بالنظام العام بوصفه صمام الامان فى مادة التنازع ، وظيفته دفع الخطر أو الاضطراب الذى يهدد تكوين الدولة الاجتماعى أو السياسى أو الاقتصادى من جراء تطبيق القانون الأجنبى".(١٧٦)

ولذلك نصت المادة ٢٨ من القانون المدنى المصرى على أنه "لا يجوز تطبيق أحكام قانون اجنبى عينته النصوص السابقة ، إذا كانت هذه الأحكام مخالفة للنظام العام أو للآداب فى مصر"(١٧٧)

ويرجع هذا القيد لاختلاف فكرة النظام العام من دولة لأخرى(١٧٨) إلا أن هذا القيد قد يبدو غريبا فى حالة التنازع الداخلى بين الشرائع والتى يفترض فيها جميعا أنها قوانين وطنية لا يتصور التعارض بينها كما هو الحال

(١٧٦) محمد كمال فهمى – السابق ص٥١٠.
(١٧٧) وقد ورد نص المادة ٢٨ بعد باقى قواعد الاسناد فى القانون المدنى والتى تسمح بتطبيق القانون الأجنبى فى بعض الأحوال (المواد ١٠ – ٢٧).
(١٧٨) ففكرة النظام العام فكرة نسبية معيارية تختلف باختلاف الزمان والمكان – راجع محمد كمال فهمى – السابق ص٥١٣ ، ففى مصر تعتبر قاعدة جواز تعدد زوجات الرجل المسلم من النظام العام ولذلك فان الاتفاق على منعه من الزواج من أكثر من واحدة يعتبر باطلا ، ولا يعمل به ، وبالعكس مما تقدم فان كثيرا من قوانين المجتمعات الغربية لا تجيز تعدد الزوجات ، وتعتبر زواج الرجل باكثر من امراة جريمة يعاقب عليها – لبيب شنب – السابق ص٥٩.

بالنسبة للقانون الأجنبي ، إلا أن هذا القيد تتضح أهميته وتزول أى غرابة بشأنه إذا عرفنا أن قواعد الأحوال الشخصية لغير المسلمين لم تصدر من المشرع المصرى ، فيتصور والحال كذلك حدوث تعارض بينها وبين النظام العام فى مصر ، وعلى حد تعبير المذكرة الايضاحية للقانون ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥ فإن هذه القواعد مبعثرة "بين متون الكتب السماوية وشروح وتأويلات لبعض المجتهدين من رجال الكهنوت مبعثرة فى كتب لاتينية أو يونانية أو عبرية أو سريانية أو أرمنية أو قبطية لا يفهمها غالبية المتقاضين" ، ومن ذلك أيضا أن الارادة الرسولية لطوائف الكاثوليك صادرة عن البابا فى روما ، كما أن العرف يلعب دورا هاما كمصدر من مصادر الشرائع الطائفية ، وقد تطرد طائفة معينة على اتباع سلوك يتنافى مع النظام العام فى مصر بأسرها.(١٧٩)

ويعرف الفقه فى مجمله النظام العام بأنه "مجموعة الأسس السياسية والاجتماعية والاقتصادية التى يقوم عليها مجتمع معين فى وقت محدد"(١٨٠)

ويثور التساؤل عما إذا كانت فكرة النظام العام فى مفهوم المادة السادسة من القانون ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥ ذات طابع دينى أم ذات طابع علمانى(١٨١) فالنظام العام العلمانى يقوم على اساس حرية العقيدة وضرورة حياد الدولة فى المسائل الدينية ويتمثل ذلك الحياد من الناحية العملية فى عداء مستحكم تجاه القوانين التى تصطبغ وتتأثر بالعوامل الدينية ، أما النظام العام الدينى فإنه يقوم على اساس دينى ويستهدف العمل على احترام المثل الاعلى الدينى ، ولما كان مصدر النظام العام الدينى هو مبادئ الدين فانه يتشدد تجاه القوانين العلمانية كما أن قواعده ذات طابع مقدس.

---

(١٧٩) راجع حسام الاهوانى ص١٧٠.
(١٨٠) لبيب شنب - السابق ص٥٨.
(١٨١) راجع تفصيلا - حسام الاهوانى - السابق ص١٧٢ وما بعدها.

ونبادر فورا إلى رفض أن يكون النظام العام فى مصر بصفة عامة وفى مفهوم المادة السادسة سالفة الذكر بصفة خاصة ، ذا طابع علمانى خالص ، إذ يتعارض ذلك مع نصوص الدستور المصرى حيث نصت المادة الثانية منه على أن "الإسلام دين الدولة ، واللغة العربية لغتها الرسمية ، ومبادئ الشريعة الإسلامية المصدر الرئيسى للتشريع" كما نصت المادة ١/٩ منه (وهى تتعلق بالأسرة) على ان "الأسرة اساس المجتمع ، قوامها الدين والاخلاق والوطنية" ، فلا يمكن استبعاد دور الدين من تحديد مفهوم النظام العام فى مصر وخاصة فى مجال الأسرة ، إلا أن الأمر لاينبغى أن يفهم منه قيام النظام العام على اساس التعصب للدين الإسلامى واهدار حقوق غير المسلمين وإلا كان فى ذلك مخالفة للمادة ٤٠ من الدستور والتى تنص على أن "المواطنون لدى القانون سواء ، وهم متساوون فى الحقوق والواجبات العامة ، لاتمييز بينهم فى ذلك بسبب الجنس أو الاصل أو اللغة أو الدين أو العقيدة" خاصة وأن التطبيق الصحيح للشريعة الإسلامية لا يمكن أن يؤدى بأى حال لاهدار حقوق غير المسلمين.

ولذلك فاننا ننضم إلى الرأى القائل بأن الراجح أن فكرة النظام العام تقوم فى مصر على أساس علمانى وعلى فكرة من الإسلام ولا تقوم على اساس طائفى[١٨٢] وهو ما نلمسه فى حكم هام من أحكام محكمة النقض عبرت عن مفهوم النظام العام فى مصر وبصفة خاصة ما يتعلق منه بالأحوال الشخصية ، جاء فيه "وحيث أنه وإن خلا التقنين المدنى والقانون رقم ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥ من تحديد المقصود بالنظام العام ، إلا أن المتفق عليه أنه يشمل القواعد التى ترمى إلى تحقيق المصلحة العامة للبلاد ، سواء من الناحية

(١٨٢) راجع حسام الاهوانى – السابق ص١٨٠ وما بعدها.

السياسية أو الاجتماعية أو الاقتصادية ، والتى تتعلق بالوضع الطبيعى المادى والمعنوى لمجتمع منظم ، وتعلو فيه على مصالح الافراد ، وتقوم فكرته على أساس مذهب علمانى بحت يطبق مذهبا عاما تدين به الجماعة بأسرها ولا يجب ربطه البتة بأحد أحكام الشرائع الدينية ، وإن كان هذا لا ينفى قيامه أحيانا على سند مما يمت إلى العقيدة الدينية بسبب ، متى أصبحت هذه العقيدة وثيقة الصلة بالنظام القانونى والاجتماعى المستقر فى ضمير الجماعة بحيث يتأذى الشعور العام عند الاعتداد به ، مما مفاده وجوب أن تنصرف هذه القواعد إلى المواطنين جميعا من مسلمين وغير مسلمين بصرف النظر عن دياناتهم ، فلا يمكن تبعيض فكرة النظام العام وجعل بعض قواعده مقصورة على المسيحيين وينفرد المسلمون ببعضها الآخر ، إذ لا يتصور أن يكون معيار النظام العام شخصيا أو طائفيا ، وإنما يتسم تقديره بالموضوعية متفقا وما تدين به الجماعة فى الاغلب الاعم من أفرادها"(١٨٣)

ونبادر فورا إلى نقد عبارة "وتقوم فكرته على اساس مذهب علمانى بحت" حيث أوضحنا مخالفة المذهب العلمانى البحت لنصوص الدستور المصرى ، ولتناقض ذلك مع ما قررته المحكمة بعد ذلك من قيام النظام العام "أحيانا على سند مما يمت إلى العقيدة الدينية" ، فالحكم يقر بوضوح أن للدين الإسلامى وهو "ما تدين به الجماعة فى الاغلب الاعم من أفرادها" دور فى تكوين مفهوم النظام العام فى مصر.

---

(١٨٣) نقض ١٩٧٩/١/١٧ فى الطعنين رقمى ١٦/ ٢٦ لسنة ٤٨ ق - مجموعة س ٣٠ ص٢٧٦ وكانت المحكمة ترد على ما قررته الطاعنة فى دفاعها من أن "حظر تعدد الزوجات مبدأ مسلم به عند جميع الطوائف المسيحية ، ويعد متعلقا بالنظام العام لقيامه على ركن اساسى من أركان الدين المسيحى ، بحيث لو أهدر لترتب عليه تقويض هذه الشريعة فى كيانها وانهدام أحد الاسس التى تقوم عليها ، ولا يمكن القول بأن المشرع راعى أحكام النظام العام فى الشريعة الإسلامية وحدها ، لان الطبيعى حرصه على مراعاة هذه الأحكام عند الذميين وغير الذميين".

ولذلك لا يبتعد ما قالته المحكمة عن الرأى الذى تسانده وهو قيام النظام العام أيضا على فكرة من الإسلام ، ولا يعنى ذلك إقامة النظام العام على أساس طائفى "فيجب ألا يغيب عن البال ان أحكام الشريعة الإسلامية قد تغلغلت فى نفوس الناس وأصبحت وثيقة الصلة بمصر والمصريين ، ولهذا لم نقل أن النظام العام هو النظام العام الإسلامى ، وإنما النظام العام المصرى يقوم على فكرة من الإسلام باعتباره شريعة الغالبية العظمى من الناس ، بحيث أن أحكامه اصبحت وثيقة الصلة بمصر والمصريين فى غالبيتهم ، فهو نظام عام مصرى ، يجد اساسه وجذوره فى شريعة الإسلام.(١٨٤)

ولذلك فان النظام العام الإسلامى لا يمثل كل فكرة النظام العام وبهذا يفسح المجال أمام فكرة النظام العام بمفهومها العلمانى لتلعب دورا هاما فى تحديد القواعد المتعلقة بالنظام العام ، فتعتبر أحكام الشريعة الخاصة متعارضة مع النظام العام متى خالفت قاعدة جوهرية من القوانين المدنية المعمول بها فى مصر ، ففكرة النظام العام تمتد لتشمل كل قاعدة يقصد بها تحقيق مصلحة عامة سياسية أو اجتماعية أو اقتصادية ، تتعلق بنظام المجتمع الاعلى وتعلو مصلحة الافراد.(١٨٥)

ويبدو أن الأمثلة على مخالفة الشرائع الطائفية للنظام العام فى مصر قليلة جدا وغالبا ما يذكر الفقه الامثلة التالية:(١٨٦)

١- ما ورد بالشريعة اليهودية من أن الارملة التى لم يترك زوجها المتوفى أولادا وكان له شقيق أو أخ لابيه عدت زوجة لهذا الاخ شرعا ولا تحل

---

(١٨٤) حسام الاهوانى - السابق ص١٨٢.
(١٨٥) حسام الاهوانى - السابق ص١٩٣ ، ١٩٤.
(١٨٦) راجع تفصيلا - صلاح الدين عبد الوهاب - السابق ص٣٥١ وما بعدها ، حسام الاهوانى - السابق ص١٩٥ وما بعدها.

لغيره ما دام حيا إلا إذا تبرأ منها ، والحكمة من ذلك هى احياء ذكرى الاخ المتوفى بحيث أنه إذا أنجبت الزوجة من زوجها الجديد فإن أولادها يسمون على اسم الزوج المتوفى لكيلا ينمحى اسمه من بنى اسرائيل وهكذا تصبح الارملة زوجة لأخى زوجها دون رضائها.

وقد رفض القضاء المصرى تطبيق هذه القاعدة لتعارضها مع قاعدة من قواعد النظام العام لان زواج الارملة على هذا النحو "متعارض مع قاعدة من النظام العام هى الرضاء الواجب توافره من الطرفين لانعقاد كافة العقود وهو فى عقد الزواج الذى يجمع بين آدميين الزم ، لما لهذا العقد من عظيم الاثر والشأن ويتعين لذلك عدم الاخذ بقاعدة ارصاد الارملة لاخى زوجها لتعارضها مع النظام العام".(١٨٧)

٢- ما ورد ببعض الشرائع من جواز حرمان الزوج السابق من الزواج بعد الطلاق فقد نصت المادة ٦٩ من مجموعة ١٩٣٨ للأقباط الارثوذكس على أنه "يجوز لكل من الزوجين بعد الحكم بالطلاق ان يتزوج من شخص آخر إلا إذا نص الحكم على حرمان أحدهما أو كليهما من الزواج" ، فهذا النص يتعارض مع النظام العام فى مصر حيث تعتبر حرية الزواج من الحريات أو الحقوق اللصيقة بالشخصية.(١٨٨)

٣- لا تعرف شريعة الكاثوليك فكرة العدة فيجوز وفقا لها أن تتزوج الارملة فور وفاة زوجها ، وهنا يجب تطبيق الشريعة الإسلامية بحيث تعتد

---

(١٨٧) حكم محكمة القاهرة الابتدائية فى ١٩٥٦/٦/٢٥ فىالقضية رقم ١٠٢١ لسنة ١٩٥٦ أورده ايهاب اسماعيل - شرح مبادئ الأحوال الشخصية للطوائف الملية - الطبعة الاولى ١٩٥٧ ص٦٣ وراجع ايضا - صلاح الدين عبد الوهاب - السابق ص٣٥١.

(١٨٨) راجع صلاح الدين عبد الوهاب - السابق ص٣٥٤ ، وأيضا: حسام الأهوانى - السابق ص١٩٦.

الارملة عدة الوفاة لان تشريع العدة متعلق بالنظام العام إذ أنها قد شرعت للتحقق من براءة الرحم من الحمل لكى لا يحدث اختلاط فى الانساب.(١٨٩)

ويضيف بعض الفقه إلى هذه الحالات النصوص الواردة بالشرائع المسيحية والتى تقرر طلاق المسيحية التى يسلم زوجها ذلك أن الطلاق فى هذه الحالة من شأنه أن يمس حقوق الزوج المسلم لان الإسلام يسمح بزواج المسلم من كتابية(١٩٠) ، ولكننا لا نرى فى هذه الحالة مثالا صالحا لمخالفة الشريعة الخاصة للنظام العام ، فالشريعة الإسلامية لا تطبق فى هذه الحالة بعد استبعاد تطبيق الشريعة الخاصة لمخالفتها للنظام العام الذى يحمى حقوق الزوج المسلم ولكن الشريعة الإسلامية هنا واجبة التطبيق بحسب الاصل ، فبمجرد اسلام أى من الزوجين فان الشريعة الإسلامية تكون واجبة التطبيق أيا كان تاريخ الإسلام كما سبق أوضحنا ، فالأمر هنا لا يتعلق بشروط تطبيق الشريعة الخاصة – ومنها شرط عدم مخالفة النظام العام – ولكنه يتعلق بجواز تطبيق الشريعة الخاصة من حيث المبدأ ، فهنا لا يجوز بحث مسألة تطبيق الشريعة الخاصة من حيث المبدأ حيث تنتفى حالة التنازع بين الشرائع وتكون الشريعة الإسلامية واجبة التطبيق بمفردها دون منازع.

---

(١٨٩) راجع صلاح الدين عبد الوهاب – السابق ص٣٥٤ ، وأيضا: حسام الاهوانى – السابق ص١٩٦.

(١٩٠) حسام الاهوانى – السابق ص١٩٦.

الفصل الثانى

الأحوال الشخصية لغير المسلمين
بين الشرائع الخاصة والشريعة الإسلامية

إذا توافرت شروط تطبيق شرائع غير المسلمين على النحو سالف الذكر فإنها تطبق عليهم أما إذا تخلفت هذه الشروط فتطبق الشريعة الإسلامية وهو ما سنتناوله على التعاقب.

المبحث الأول

تطبيق شريعة غير المسلمين عليهم

يقتضى الحديث هنا أن نتناول المقصود بشريعة غير المسلمين ونتعرف بعد ذلك على مصادرها.

المطلب الأول

المقصود بشريعة غير المسلمين (١٩١)

يتضح من نص المادة ٢/٦ من القانون ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥ أن شريعة غير المسلمين تطبق إذا توافرت شروط تطبيقها ، وقد ثار التساؤل عما إذا كان المقصود بها الكتب السماوية فقط أم يضاف اليها المصادر التى نشأت بعد نزول الكتب السماوية ، وقد ثارت هذه المشكلة عملا بشأن حالات

---

(١٩١) راجع تفصيلا – أحمد سلامة – السابق ص١٣٥ وما بعدها ، حسام الاهوانى – السابق ص١٩٨ وما بعدها.

التطليق فى الشريعة المسيحية حيث أن الانجيل لا يجيز التطليق إلا بسبب الزنا بينما تجيز بعض المصادر الاخرى التطليق لأسباب أخرى.

وقد انقسم الرأى حول هذه المسألة فى أحكام المحاكم ، فذهب رأى أول أن الكتب السماوية هى المصدر الوحيد لشرائع غير المسلمين ، فالانجيل لم يقر الطلاق إلا لعلة الزنا ولا يؤخذ فى الاعتبار الحالات التى أقرتها المجامع المقدسة والبطاركة والمجالس الملية ، ويستند هذا الرأى إلى أن الحالات التى ابيح فيها الطلاق لغير علة الزنا مستمدة من القانون الرومانى وليس من الانجيل وأن اقوال رجال الكنيسة ليست عرفا منشئا فالعرف لا يمكن أن يخالف الانجيل وأن ذلك ليس إلا ضعفا فى الايمان لايعتبر حجة فى هذا الشأن.(١٩٢)

ولقد تبنت الكنيسة القبطية الارثوذكسية هذا الاتجاه رسميا فصدر القرار البابوى رقم ٧ فى ٧١/١١/١٨ والذى ورد به عدم اعتراف الكنيسة

---

(١٩٢) من هذا الاتجاه حكم محكمة استئناف الاسكندرية فى ١٩٥٦/٥/٢١ فى الدعوى رقم ٤٩ لسنة ١٢ ق - اورده صالح حفنى-المرجع فى قضاء الأحوال الشخصية للمصريين مسلمين وغير مسلمين-الطبعة الاولى ١٩٥٦-ص٢٨٨ وقد جاء بالحكم ما يلى:
أ- أحكام الشريعة المسيحية هى الأحكام الواجب تطبيقها عملا بالمادة ٦ من القانون ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥.
ب- هذه الأحكام مدونة بالانجيل المقدس وقد حرم فيها الطلاق تحريما تاما ولم يجزه الا لعلة الزنا ......
جـ- قانون الأحوال الشخصية الذى وضعه المجمع المقدس والمجلس الملى العام للأقباط الارثوذكس لم تصدق عليه الحكومة ، وقد تضمن اسبابا للطلاق لم ترد تصريحا ولا تلميحا فى الانجيل المقدس ولم يجزها الرؤساء الروحانيون إلا لما يعتبرونه من أن لهم السلطان فى حل أى رابطة تمت على ايديهم ومنها الرابطة الزوجية ....
د- لا تستطيع المحكمة وقد نيط بها تطبيق أحكام الشريعة المسيحية أن تقضى بالطلاق لغير علة الزنا.
وفى ذات المعنى - حكم محكمة قنا الابتدائية فى القضية رقم ٤٢ لسنة ١٩٦٥ فى ١٩٥٦/٢/٢١ - ذات المرجع السابق ص٢٨٩. وعليه فقد قررت أن "الاعسار لا يصلح سببا فى الطلاق"

باى طلاق يصدر لغير علة الزنا بحيث يظل الـزواج قائمـا رغـم حـدوث هـذا الطلاق [١٩٣] كما صدر القرار البابوى رقـم ٨ فـى ٧١/١٢/١٨ والـذى يقـرر عدم زواج المطلقات ويحظر على رجال الدين ابرام مثل هذا الزواج.[١٩٤]

ومن باب الدقة فانه يلاحظ ان هذا الرأى قد جاء بصدد مسـألة تحديـد اسباب الطـلاق فـى الشـريعة المسـيحية وقـد يختلـف الأمـر لـو أن المسـألة المعروضة كانت خاصة بمشكلة أخرى غير حالات الطلاق ، فيجب أن نـأخذ فى الاعتبار حساسية الشريعة المسيحية بصفة عامة تجاه مسألة الطلاق والتـى تتمثل عملا فى محاولة منعه وحصره فى اضيـق نطـاق ، وهـو مـا يتفـق مـع جعل الإنجيل مصدرا وحيدا للشريعة المسيحية ، وقـد كـان مـن المتصـور أن يختلف الرأى ، بحيث يأخذ فى الإعتبار باقى مصادر الشريعة المسيحية ، لـو أن الأمر كان خاصا بمسألة أخرى خلاف أسباب الطلاق.

وذهب رأى ثان أن الشـريعة الخاصـة لا تعنـى الكتـب السـماوية فقـط وإنما تشمل أيضا ما أقره رجال الدين فى فتاواهم الروحيـة ومجالسـهم الدينيـة والقضائية التى صارت عرفها استـمد قوتـه بـاطراد ولذلـك يجـوز الطـلاق فـى الشريعة القبطية الارثوذكسية لاسباب أخرى غير الزنـا وهـو مـا جـرى عليـه قضاء المجالس الملية[١٩٥] ويستند هذا الرأى لحجج عديدة أهمها:

---

(١٩٣) حسام الاهوانى – النتائج القانونية للقرارات البابوية الصـادرة فـى مسـائل الأحـوال الشـخصية للاقباط الارثوذكس – مجلـة ادارة قضايـا الحكومـة س ٢٤ ص٢٠ ، س ٢٥ ص٥ وبصفة خاصة ص٢٣.

(١٩٤) حسام الاهوانى – السـابق ص٢٣ ومـع استثناء حالـة المطلقة بسبب زنـا الـزوج فيجوز إبرام زواج جديد لها – ذات البحث ص٢٤.

(١٩٥) راجع الأحكام التى أخذت بهذا الرأى – حسام الاهوانـى – شـرح مبـادئ الأحـوال الشخصية للمسيحيين المصريين ص٢٠٣ هامش (١) ، (٢).

١- أن الشريعة المسيحية شئ والدين المسيحى شئ آخر ولا يجوز الخلط بينهما "وإذا كان الدين هو الشريعة بالمعنى العام أى يتناول كل ما شرعه الله ، سواء فى ذلك ما تعلق بالمعتقدات والوجدانيات وما تعلق بالاعمال، فالشريعة بالمعنى الخاص هى على حد تعبير الفقهاء الإسلاميين عبارة عن الأحكام المتعلقة بكيفية الاعمال فقط وهى موضوع علم الفقه بالذات، والفرق واضح فى المسيحية بين علم اللاهوت بما فيه من بحوث تتناول الاعمال من الناحية الاخلاقية ، وما بين القانون الكنسى أى الفقه المسيحى بالمعنى الصحيح"[196] ، فالدين المسيحى قد يعنى الانجيل فقط أما الشريعة المسيحية فتشمل ايضا الفقه المسيحى وغيره من مصادر الشريعة المسيحية خاصة وأن الانجيل لم يهتم إلا بالروحانيات بصفة اساسية ولم يتطرق لمسائل الأحوال الشخصية على وجه التفصيل.

٢- تشير المذكرة الايضاحية للقانون ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥ إلى أن مصادر الشرائع الخاصة لا تقتصر على الكتب السماوية فقط حيث ورد بها أن القواعد التى كانت تطبقها جهات القضاء الطائفى "غير مدونة وليس من اليسير أن يهتدى إليها عامة المتقاضين وهى مبعثرة فى مظانها بين متون الكتب السماوية وشروح وتأويلات لبعض المجتهدين من رجال الكهنوت".

وقد حسمت محكمة النقض المسألة لصالح الرأى الثانى وقضت بانه "لما كانت الفقرة الثانية من المادة السادسة من القانون رقم ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥ بالغاء المحاكم الشرعية والملية تنص على أنه (أما بالنسبة للمنازعات المتعلقة

(١٩٦) شفيق شحاتة - الأحوال الشخصية لغير المسلمين من المصريين - ج١ ص١٠ - ١٩٥٧ وراجع فى ذات المعنى - إيهاب اسماعيل - إنحلال الزواج فى شريعة الاقباط الارثوذكس - رسالة ١٩٥٩ ص٥٤.

بالأحوال الشخصية للمصريين غير المسلمين والمتحدى الطائفة والملة الذين لهم جهات قضائية ملية منظمة وقت صدور هذا القانون فتصدر الأحكام فى نطاق النظام العام طبقا لشريعتهم) وكان لفظ شريعتهم التى تصدر الأحكام طبقا لها فى مسائل الأحوال الشخصية ..... هو لفظ عام لا يقتصر مدلوله على ما جاء فى الكتب السماوية وحدها بل ينصرف الى كل ما كانت تطبقه جهات القضاء الملى قبل الغائها باعتباره شريعة نافذة ، إذ لم يكن فى ميسور المشرع حين الغى هذه الجهات أن يضع القواعد الواجبة التطبيق فى مسائل الأحوال الشخصية لغير المسلمين فاكتفى بتوحيد جهات القضاء تاركا الوضع على ما كان عليه بالنسبة للأحكام الموضوعية التى يتعين على المحاكم تطبيقها ، وأحال الى الشريعة التى كانت تطبق فى تلك المسائل امام جهات القضاء الملى ولم تكن هذه الشريعة التى جرى العمل على تطبيقها تقتصر على ما جاء بالكتب السماوية ، وكان مما يدل على حقيقة قصد المشرع وأن ما يعتبر شريعة عند غير المسلمين لم يكن قاصرا على القواعد التى جاءت بها الكتب المنزلة ما أورده المشرع بالمذكرة الايضاحية للقانون المشار اليه من أن (القواعد الموضوعية التى تطبقها اكثر المجالس فيما يطرح عليها من الاقضية غير مدونة وليس من اليسير ان يهتدى اليها عامة المتقاضين ، وهى مبعثرة فى مظانها بين متون الكتب السماوية وشروح وتأويلات لبعض المجتهدين من رجال الكهنوت) ، لما كان ذلك ، وكان الحكم المطعون فيه قد استند فى قضائه بابطال عقد الزواج الى المادة ٢٧ من مجموعة القواعد الخاصة بالأحوال الشخصية للاقباط الارثوذكس التى أقرها المجلس الملى العام فى ١٩٣٨/٥/٩ وعمل بها من ١٩٣٨/٧/٨ بعد تجميعها من مصادرها،

واطردت المجالس على تطبيقها ، فان الحكم لا يكون قد أخطأ فى تطبيق القانون".(١٩٧)

وفى ضوء تحديد المقصود بشريعة غير المسلمين فإننا سنتناول مصادر شرائع غير المسلمين فيما يلى.

المطلب الثانى

مصادر شريعة غير المسلمين

أولا: مصادر الشريعة المسيحية.(١٩٨)

هناك مصادر مشتركة بين جميع الطوائف المسيحية ومصادر خاصة بكل طائفة على حدة.

(أ) المصادر المشتركة بين جميع الطوائف المسيحية:

١ - الكتاب المقدس:

ويشمل التوراة (العهد القديم) والانجيل (العهد الجديد) حيث أقر المسيح إتباع التوراة بقوله "ما جئت لا نقض بل لأكمل" وذلك فيما لا يتعارض مع الانجيل بطبيعة الحال ، ويتكون العهد الجديد من أربعة أناجيل

---

(١٩٧) نقض ٢٦/ ١/ ٧٧ فى الطعن رقم ٣٩ لسنة ٤٥ق - مجموعة س٢٨ ص٣٠٢ وفى ذات المعنى نقض ١٩٧٣/٦/٦ فى الطعن رقم ٣ لسنة ٤٢ ق - مجموعة س٢٤ ص٨٧٠ ، وايضا نقض ١٩٩٠/١/٢٣ فى الطعن رقم ١٦ لسنة ٥٨ ق مجموعة س ٤١ ص٢١٦.

(١٩٨) المراجع الرئيسية - توفيق فرج - السابق ص١٣٥ وما بعدها ، حسام الاهوانى السابق ص٢٠٨ وما بعدها - ولن نكثر من الاشارات التفصيلية فى هذا الموضوع.

هـى أنـاجيل متـى ومرقـص ولوقـا ويوحنـا ، ويلحـق بـه رسـائل الرسـل (القديسين).(١٩٩)

٢- الكتابات المنسوبة إلى الرسل:

وتنسب هذه الكتابـات إلـى الرسـل وهـى كتابـات تحتوى علـى أحكـام مفصلة بعض الشئ عما ورد بالانجيل.(٢٠٠)

٣- قرارات المجامع العامة والخاصة:

يقصد بالمجمع الاجتماع الذى يعقده رجـال الكنيسـة لبحـث المشـاكل التى يرون أنها تحتاج الى البحث والدراسة ويصدرون بشأنها قرارات تعتبر ملزمة للكنائس المشتركة فى الاجتماع ، والمجامع أما أن تكون مجـامع عامـة وهـى التـى يحضرهـا ممثلـو جميـع الكنـائس المسـيحية وتسـمى ايضـا مجـامع مسكونية اشارة الى أنها تضم ممثلى العالم المسكون بالمسيحيين جميعاً ، وقد تكون مجامع خاصة أو محلية وهى التى يعقدها رجال الدين فى إقليم معين أو رجال الدين لطائفة معينة.(٢٠١)

---

(١٩٩) مثل رسالة بولس الرسول إلى أهل كورنتوس ورسالته الـى أهل إفسـس – توفيق فرج ص١٣٨ هامش (٢)

(٢٠٠) وأهمها كتاب الديداخا أو مذهب الاثنى عشر رسولا ثم الدسقولية أو تعـاليم الرسـل والمرسـوم الكنسـى المصـرى والقوانين الكنسية الثلاثين والقوانين اللاحقـة علـى صعـود المسيح ، كما وجدت كتابات أخرى تعد تجميعا للكتابـات السـابقة مثـل الدسـاتير الرسـولية والمجموعة الثانية لا قليمنطوس – راجع توفيق فرج – السابق ص١٣٩ ، ١٤٠.

(٢٠١) وأهم المجامع المسكونية مجمع نيقية سنة ٣٢٥ ، مجمـع القسـطنطينية سنة ٣٨١ مجمع افسس سنة ٤٣١ ، مجمع خلقيدونة سنة ٤٥١ وأهم المجامع الخاصة الشرقية مجمع انقره سنة ٣٤١ ، مجمع قيصرية سنة ٣١٤ – ٣٢٥ ، مجمع انطاكية سـنة ٣٤١ ، مجمـع عنجرا سنة ٣٤٠ – ٣٧٠ ، مجمـع اللاذقيـة سـنة ٣٤٧ – ٣٨١ ، راجـع توفيـق فـرج ص١٤٢ ، ١٤٣.

٤- مراسيم رجال الدين:

وهى عبارة عن أوامر موجهة من الكهنة فى أمر من أمور الطائفة وقد اعتبرت بمثابة تشريعات ملزمة لدى المسيحيين ، ويلحق بها كتابات وآراء رجال الدين أى الفقه المسيحى.

٥- العرف:

يعتبر العرف مصدرا ملزما للشريعة المسيحية ايضا الا أنه لا يكتسب قوة ملزمة إلا إذا حاز موافقة رجال الكنيسة.(٢٠٢)

(ب) المصادر الخاصة بالطوائف المسيحية الرئيسية فى مصر.(٢٠٣)

ونقصد بهذه المصادر الخاصة المجموعات التى صيغت على نمط القوانين المعاصرة ، وقد تم تجميع قواعد الأحوال الشخصية للكاثوليك الشرقيين وصدرت بها ارادة رسولية من بابا الفاتيكان بيوس الثانى عشر فى عام ١٩٤٩ (٢٠٤) كما صدر قانون للأحوال الشخصية للطائفة الإنجيلية من الحكومة المصرية فى عام ١٩٠٢ (٢٠٥) أما عن طائفة الاقباط الارثوذكس فقد

---

(٢٠٢) راجع – حسام الاهوانى – السابق ص٢١٣.

(٢٠٣) نكتفى هنا بالحديث عن الاقباط الارثوذكس والكاثوليك بصفة عامة والإنجيليين الوطنيين.

(٢٠٤) راجع نصوص الارادة الرسولية – فتيحة قرة – تشريعات الأحوال الشخصية للمسلمين وغير المسلمين ١٩٨٣ ص٢٨١ وما بعدها.

(٢٠٥) صدر فرمان من السلطان العثمانى يدعو فيه خديو مصر لتنظيم شئون طائفة البروتستانت فى مصر فصدر أمر عال من الخديو فى ١ مارس ١٩٠٢ بشأن الإنجيليين الوطنيين حدد كنائس واتباع هذه الطائفة ونظم المجلس الملى العمومى لها – راجع محيط الشرائع المجلد الثالث ص٢٨٨٢ ثم صدر قرار وزارة الداخلية بالتصديق على لائحة الاجراءات الداخلية لهذا المجلس – محيط الشرائع ص٢٨٨٧ ويشير أحمد صفوت إلى ان قانون الأحوال الشخصية لهذه الطائفة قد صدقت عليه الكنائس الانجيلية المعترف بها ووقع ناظر الحقانية على نسخة منه ويشير ايضا الى عدم عثوره على نسخة مصدق عليها – مؤلفه السابق – ص٨٤ – وقد اعتمدنا على نص القانون الوارد بمؤلف المستشار فتيحة قره سالف الذكر ص٣٩٨ وما بعدها ونسخة أخرى من هذا القانون صادرة عن مطبعة–

صدرت لهم عدة مجموعات ذات صبغة شبه رسمية من كبار رجال الدين اعتمد فى اعدادها على المصادر المشتركة سالفة الذكر اضافة إلى بعض أحكام الشريعة الإسلامية واجتهاد رجال الدين الشخصى وأهم هذه المجموعات المجموعة التى وضعها البطريرك كيرلس بن لقلق والتى عرضت قبل اصدارها على مجمع من المطارنة والذى اعتبر بمثابة مجمع محلى ، كما تم وضع مجموعة أخرى بتكليف من ذات البطريرك قام بوضعها أحد الكهنة وهو الصفى العسال وقد سميت بالمجموع الصفوى لابن العسال وقد احتل اهمية فقهيه كبرى خاصة وقد جرى العرف على الرجوع اليه فاكتسب ايضا قيمة عرفية ، كما تم أيضا وضع كتاب الخلاصة القانونية فى الأحوال الشخصية لكنيسة الاقباط الارثوذكس للايغومانس فيلوثاءوس ، اعتمد فى اعداده على المجموعتين السابقتين وبصفة خاصة على المجموع الصفوى فتمتع بذات قيمته.

وفى ٩ مايو ١٩٣٨ اقر المجلس الملى العام للاقباط الارثوذكس مجموعة القواعد الاساسية لمسائل الأحوال الشخصية لهذه الطائفة "ويلاحظ ان هذه المجموعة ليست صادرة من المجمع المقدس فلا تتمتع بما لقرارات هذا المجمع من قوة ، يضاف الى ذلك أنه ليس من إختصاص المجلس الملى وضع قواعد تشريعية"(٢٠٦)

إلا أن هذه المجموعة قد اكتسبت أهمية عملية كبيرة حيث اطردت المجالس الملية على تطبيق أحكامها حتى الغاء هذه المجالس فى عام ١٩٥٥

=الامانة - بدون تاريخ نشر - وموجودة بمكتبة محكمة النقض المصرية. وقد ظل هذا القانون الذى اقرته الحكومة المصرية مطبقا بين أفراد الطائفة الانجيلية حتى الغيت المجالس الملية - توفيق فرج ص١٥٨

(٢٠٦) راجع - ايهاب اسماعيل - رسالة ص٤١.

فاستقر الامر على اعتبارها من قبيل العرف الملزم الذى يطبق فى حالة عدم وجود نص تشريعى وفقا لنص المادة الاولى من القانون المدنى.(٢٠٧)

كما نشير إلى أنه قد تم اعداد مشروع قانون للاحوال الشخصية لطائفة الاقباط الارثوذكس بعد صدور القانون ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥ وافق عليها المجلس الملى للاقباط الارثوذكس إلا أن اجراءات اصدار هذا القانون لم تتم واطلق عليه تسمية مجموعة ١٩٥٥ (٢٠٨) ونظرا لان هذه المجموعة لم يصدر بها تشريع ولم تطبقها المجالس الملية حيث كانت قد الغيت قبل اعدادها فليس لها قوة العرف ولذلك فقد استقر قضاء محكمة على عدم اعطائها اية قيمة ملزمة.

وهكذا قررت محكمة النقض ان مجموعة ١٩٣٨ لها قيمة ملزمة بصفتها عرف اطردت المجالس الملية على تطبيقه ولم تعترف لمجموعة ١٩٥٥ بايه قيمة ملزمة فقضت بأنه : "وكان البين من الحكم المطعون فيه أنه استند فى قضائه بالتطليق لسوء السلوك وفساد الاخلاق الى نص المادة ٥٦ من مجموعة القواعد الخاصة بالأحوال الشخصية للاقباط الارثوذكس التى أقرها المجلس الملى العام فى ١٩٣٨/٥/٩ وعمل بها من ١٩٣٨/٧/٨ بعد تجميعها من مصادرها واضطردت المجالس الملية على تطبيقها ، لما كان ذلك وكان لا محل للتحدى بان أحكام مجموعة سنه ١٩٥٥ هى الواجبة التطبيق وأنها قد خلت من نص خاص يجيز التطليق لهذا السبب ، ذلك أنه لا إلزام فى الاستناد الى الأحكام التى حوتها نصوص هذه المجموعة دون غيرها من المصادر الاخرى التى يرجع اليها لدى الطائفة المذكورة ، إذ لم يصدر

(٢٠٧) راجع – حسام الاهوانى – السابق ص٢١٨.
(٢٠٨) راجع تفصيلا – حسام الاهوانى – السابق ص٢١٨ وما بعدها.

باى منهما تشريع من الدولة بحيث يجوز القول بان التنظيم اللاحق يلغى التنظيم السابق ، والعبرة فى هذا الخصوص بما كانت تسير عليه المحاكم المليه فى قضائها استقاء من المصادر المختلفة لشريعة تلك الطائفة ، ولما كان الحكم المطعون فيه وعلى ما سلف البيان قد طبق على واقعة الدعوى النص الوارد بشأنها فى مجموعة ١٩٣٨ باعتبار ان المحاكم الملية قد جرت على تطبيق أحكام هذه المجموعة منذ وضعها حتى الغيت تلك المحاكم بالقانون رقم ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥ ، فإنه لا يكون قد أخطأ فى تطبيق القانون"(٢٠٩)

ثانيا: مصادر الشريعة اليهودية:(٢١٠)

عرفنا ان سبب انقسام اليهود الى ربانيين وقرائين هو عدم اعتراف الاخيرين بالتلمود ولذلك يمكن القول بوجود مصادر عامة للشريعة اليهودية هى التوراة والعرف ومصدر خاص بالربانيين فقط هو التلمود ونظرا لعدم اعتراف القرائين بالتلمود فان الاجماع والقياس على أحكام التوراة يحتلان اهمية كبرى لديهم ، وأهم المؤلفات الفقهية بالعربية والتى يرجع لها فى الوقت الحالى: كتاب "الأحكام الشرعية فى الأحوال الشخصية لليهود الربانيين" تأليف مسعود حاى بن شمعون ، وكتاب "شعار الخضر فى الأحكام الشرعية الاسرائيلية للقرائين" تاليف الياهو بشياصى – ترجمة مراد فرج.

---

(٢٠٩) نقض ١٩٧٣/٦/٦ فى الطعن رقم ٣ لسنة ٤٢ق – مجموعة س٢٤ ص٨٧٠ وراجع ايضا نقض ١٩٩٠/١/٢٣ فى الطعن رقم ١٦ لسنة ٧٥٨ ق مجموعة س٤١ ص٢١٦.

(٢١٠) راجع تفصيلا – توفيق فرج – السابق ص١٥٨ وما بعدها ، حسام الاهوانى – السابق ص٢٢١ وما بعدها.

* الصفحة ١٢٢ غير موجودة من اصل الدورية

المبحث الثاني

تطبيق الشريعة الإسلامية على غير المسلمين

نصت المادة ٦ من القانون ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥ على أن "تصدر الأحكام فى المنازعات المتعلقة بالأحوال الشخصية والوقف والتى كانت اصلا من اختصاص المحاكم الشرعية طبقا لما هو مقرر فى المادة ٢٨٠ من لائحة ترتيب المحاكم المذكورة.

أما بالنسبة للمنازعات المتعلقة بالأحوال الشخصية للمصريين غير المسلمين والمتحدى الطائفة والملة الذين لهم جهات قضائية مليه منظمة وقت صدور هذا القانون فتصدر الأحكام – فى نطاق النظام العام – طبقا لشريعتهم".

ويتضح من نص الفقرة الثانية من المادة السادسة سالفة الذكر أن تطبيق الشريعة الخاصة هو استثناء على الفقرة الاولى منها (والتى تقضى بتطبيق أحكام الشريعة الإسلامية) فإذا لم تتوافر الشروط اللازمة لتطبيق هذا الاستثناء وجبت العودة للقاعدة العامة وتطبيق الشريعة الإسلامية باعتبارها الشريعة العامة التى تحكم مسائل الأحوال الشخصية لجميع المصريين مسلمين وغيرهم.(٢١١)

ويحدث ذلك إذا تخلفت جميع الشروط أو أحدها ، كأن يختلف الزوجان فى الدين أو الملة أو الطائفة ، أو اذا لم يكن للطائفة جهة قضاء ملية منظمة وقت صدور القانون ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥ ، او إذا تعارضت القاعدة المطبقة مع النظام العام فى مصر.

---

(٢١١) راجع ما سبق تحت عنوان "خصوصية مصادر القاعدة القانونية فى مسائل الأحوال الشخصية"

إلا أنه توجد بعض الحالات التى لا تطبق فيها قواعد الشريعة الإسلامية رغم تخلف شروط تطبيق الشريعة الخاصة وهو ما سنتناوله بعد أن نحدد المقصود بقواعد الشريعة الإسلامية التى تطبق على غير المسلمين.

المطلب الأول

المقصود بقواعد الشريعة الإسلامية التى تطبق على غير المسلمين.(٢١٢)

أوضحنا أن الشريعة الإسلامية فى مسائل الأحوال الشخصية يتحدد مفهومها وفقا للمادة ٢٨٠ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية والتى نصت على تطبيق القواعد التى تتضمنها بعض القوانين الصادرة فى بعض مسائل الأحوال الشخصية والخاصة بالمسلمين بحسب الأصل فاذا لم يوجد بها نص يحكم المنازعة طبق ارجح الاقوال فى مذهب ابى حنيفة ، ومن البديهى ان هذا المفهوم لا يتغير عند تطبيق هذه الشريعة على غير المسلمين ، إلا أن رأيا فى الفقه قد ذهب إلى أن الشريعة الإسلامية تتضمن بخلاف القواعد الموضوعية التى تنظم مسائل الأحوال الشخصية قواعد أخرى تتضمن الاحالة الى الشرائع الخاصة وبصفة اساسية قاعدة "ترك أهل الذمة وما يدينون" وهذه القواعد الاخيرة "هى الواجبة التطبيق فى الوضع الحالى للتشريع المصرى"(٢١٣) بمعنى أن القاضى عندما تتخلف شروط تطبيق الشريعة الخاصة لا يطبق على غير المسلمين ذات القواعد التى يخضع لها المسلمون

---

(٢١٢) راجع تفصيلا – احمد سلامة – المقصود بأحكام الشريعة الإسلامية التى تنطبق على مسائل الأحوال الشخصية لغير المسلمين – العلوم القانونية والاقتصادية – السنة الثانية ص٣٠٩ – ٣٤٦.

(٢١٣) حلمى بطرس – السابق ص٦٦.

ولكن يطبق من الشريعة الإسلامية قاعدة ترك أهل الذمة وما يدينون فينتهى الامر الى تطبيق الشريعة الخاصة عليهم.

ويستند هذا الرأى لما يلى:

١- أن القاعدة الشرعية التى تقضى بتطبيق أحكام الشريعة الإسلامية على أهل الذمة إذا ترافعوا باختيارهم الى القاضى المسلم والتى كانت تطبقها المحاكم الشرعية قبل صدور القانون ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥ لا يجوز اتباعها بعد صدور القانون المذكور "فقد توحدت جهة القضاء للمصريين جميعا مسلمين كانوا أو غير مسلمين فى مسائل الأحوال الشخصية وصار اللجوء اليها امرا لاخيار فيه للمتنازعين ، مما لا يمكن معه القول بان لجوء المتنازعين الذميين الى القضاء يأخذ حكم الترافع الى القضاء الذى عناه فقهاء الشريعة الإسلامية ، ورأوه موجبا لتطبيق القواعد الشرعية التى يخضع لها المسلمون"[٢١٤]

٢- أن المشرع المصرى قد طبق "قاعدة الفقه الإسلامى فى ترك الذميين وما يدينون فى شان الطلاق فيما بينهم فنصت المادة ٩٩ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية فى الفقرة الاخيرة منها على أنه (لا تسمع دعوى الطلاق من احد الزوجين غير المسلمين على الأخر إلا إذا كان يدينان بوقوع الطلاق)" [٢١٥]

وقد أخذت محكمة القاهرة الابتدائية بهذا الرأى فى أحد أحكامها وقررت انه "عند نظر دعاوى الطلاق بين غير المسلمين المختلفى الملة يتقيد القاضى بنظم الطلاق الواردة فى شريعتهم ، فلا يقر الطلاق إلا إذا وقع فى

---

(٢١٤) حلمى بطرس – السابق ص ٦٦ ، ٦٧.
(٢١٥) حلمى بطرس – السابق ص ٦٧.

الدائرة المرسومة عندهم" (٢١٦) ، كما أخذت بـه محكمـة استئناف القـاهرة فـى بعض أحكامها. (٢١٧)

غير أن هذا الرأى منتقد لما يلى:(٢١٨)

١- ان المشرع قد وضـع شـروطا لتطبيق الشـريعة الخاصـة فـاذا لـم تتوافـر تطبق الشريعة الإسلامية ، ومؤدى الاخذ بالرأى المذكور انه اذا توافـرت الشـروط طبقت الشـريعة الخاصـة واذا تخلفت الشـروط طبقـت أيضـا الشريعة الخاصة ، ولا يجوز القول بأن المشرع من الممكـن ان يقـع فـى مثل هذا التناقض الفاحش.

٢- لم يكن اللجوء الى المحاكم الشرعية امرا اختياريا بالنسبة لغـير المسـلمين مختلفى الملة أو الطائفة راجعا الى رغبتهم فى الترافع الى هذه المحاكم ، بل كان السبب فـى إختصـاص هـذه المحـاكم بمنازعـاتهم ان إختصـاص المجـالس المليـة كـان محـددا بمنازعـات غـير المسـلمين متحـدى الملـة والطائفة فقط ، فهى غير مختصة بنظر منازعات غير المسلمين مختلفـى الملـة أو الطائفـة والتى تختـص بهـا المحـاكم الشـرعية بصفتهـا المحـاكم الطبيعية فى البلاد وصاحبة الولاية العامة فى مسائل الأحوال الشـخصية، وليس لان هؤلاء قد اختاروا اللجوء اليها برغبتهم وبذلك تسـقط حجـة ان اللجوء الى المحاكم الشرعية كان امرا اختياريا.

---

(٢١٦) حكمها فى ٢٧/ ١٠/ ١٩٥٧ فى القضية رقم ٢٧٨ لسنة ١٩٥٧ - خفاجى وجمعـة ص٢١٥ رقم ١٣.
(٢١٧) راجع فى هذه الأحكام وما وجـه اليهـا مـن نقد - احمـد سـلامة - البحـث السـابق الاشارة اليه ص٣١٥ وما بعدها ومؤلفه فى الأحوال الشخصية ص٣٥٧ وما بعدها.
(٢١٨) راجع تفصيلا: حسام الاهوانى - السابق ص٢٣٠ وما بعدها.

٣- ان نص المادة ٧/٩٩ الذى يمنع المحاكم من سماع دعوى الطلاق بين الزوجين غير المسلمين إلا إذا كانا يدينان بوقوع الطلاق ، يعنى أن القواعد الموضوعية الخاصة بالمسلمين هى التى تطبق اصلا فى حالة تخلف شروط الشريعة الخاصة وإلا لما كانت هناك حاجة لوضع النص المذكور ، فهذا النص يقرر ببساطة ان الحكم بالطلاق لايجوز بالنسبة للزوجين غير المسلمين إلا إذا كان يدينان بوقوعه ولولا وجود هذا النص لجاز الحكم بالطلاق رغم عدم ديانة الزوجين به ، فلو أخذنا بالرأى المذكور وهو أن الشريعة الخاصة هى التى تطبق لما كانت هناك حاجة لهذا النص.

٤- أنه إذا طبقت الشريعة الخاصة أخذا بهذا الرأى فى حالة اختلاف الزوجين فى الملة مثلا فاى الشريعتين تطبق؟ شريعة الزوج أم شريعة الزوجة؟

ولذلك فقد حسمت محكمة النقض هذه المسألة ورفضت الاخذ بالرأى المذكور وقررت أن "المقصود بالخضوع للشريعة الإسلامية أن تكون أحكامها الموضوعية التى يخضع لها المسلم - دون أحكام الشريعة الخاصة - هى الواجبة التطبيق ، لانه من غير المتصور أن يكون تطبيق الشريعة العامة يقصد به تطبيق قواعد الاسناد التى تقضى بترك غير المسلمين وما يدينون فى تنظيم احوالهم الشخصية ، وتكون الاحالة الى الشريعة الإسلامية منذ البداية لغوا ينبغى أن ينزه عنه المشرع"[٢١٩] وكررت ذات المعنى فى واحد

(٢١٩) نقض ١٩٧٩/١/١٧ فى الطعنين رقمى ٢٦/١٦ لسنة ٤٨ ق - مجموعة س٣٠ ص٢٧٦.

من أحدث أحكامها فقررت "أن المقصود بالخضوع للشريعة الإسلامية هى أحكامها الموضوعية التى يخضع لها المسلم دون أحكام الشريعة الخاصة"(٢٢٠)

المطلب الثانى

الحالات التى لا تطبق فيها الشريعة الإسلامية رغم تخلف شروط تطبيق الشريعة الخاصة

يتضح مما سبق أن الشريعة الإسلامية هى التى تطبق على منازعات غير المسلمين إذا تخلفت شروط تطبيق الشريعة الخاصة ويحدث ذلك غالبا إذا كان الزوجان مختلفين فى الملة أو الطائفة ، فتطبق الشريعة الإسلامية عليهم مثل المسلمين تماما ، إلا أن تطبيق الشريعة الإسلامية على غير المسلمين فى بعض الاحيان قد يصطدم بقاعدة جوهرية من قواعد ديانة غير المسلمين - رغم اختلافهم فى الملة أو الطائفة - وهنا نص المشرع على حالة لا تطبق فيها الشريعة الإسلامية كما انشأت محكمة النقض حالتين أخرتين وهو ما سنتناوله تباعا.

(٢٢٠) نقض ٨/ ١/ ١٩٩٦ فى الطعن رقم ٨٩ لسنة ٦٢ ق - لم ينشر بعد.

الفرع الأول

الحالة التى نص عليها المشرع

نص المادة ٩٩/ ٧ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية(٢٢١)

"عدم سماع دعوى الطلاق إلا إذا كان الزوجان يدينان بوقوعه"

نصت المادة ٧/٩٩ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية على أنه "لا تسمع دعوى الطلاق من أحد الزوجين غير المسلمين على الآخر إلا إذا كانا يدينان بوقوع الطلاق".

والفرض هنا أن الزوجين مختلفان فى الملة مثلا كأن تكون الزوجة مسيحية كاثوليكية ويكون الزوج قبطيا أرثوذكسيا ، فكان من الواجب تطبيق الشريعة الإسلامية عليهما بحيث يجوز الطلاق بينهما وفقا لأحكام الشريعة الإسلامية ، إلا أن نص المادة ٧/٩٩ يمنع من سماع دعوى الطلاق فى هذه الحالة لان الزوجة تنتمى لملة لا تدين بوقوع الطلاق وهى ملة الكاثوليك وهو ما يؤدى الى وقوع الزوجة فى "حرج ومشقة بالنسبة للطوائف التى لا تدين بوقوع الطلاق ، لعدم استطاعة هذه المطلقة الزواج من آخر نظرا للتقاليد المتبعه فى ملتها ، فتبقى معلقة لا تتزوج ، وقد تحرم من النفقة فلا تجد من ينفق عليها"(٢٢٢) ويثير نص المادة ٧/٩٩ المسائل التالية:

بقاء نص المادة ٧/٩٩ بعد صدور القانون ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥.

ذهب رأى فى بعض الأحكام الى أنه إذا كان من المتعين تطبيق

---

(٢٢١) راجع تفصيلا – احمد سلامة – الأحوال الشخصية للوطنيين غير المسلمين والاجانب ص٣٨١ وما بعدها.

(٢٢٢) المذكرة الايضاحية بشأن المادة ٩٩/ ٧ اشار اليها توفيق فرج – السابق ص٣٠٧.

الشريعة الإسلامية فى شأن نزاع بين خصوم من غير المسلمين فانه ينبغى تطبيقها بصفة مطلقة دون أن يتقيد القاضى فى ذلك بما جاء فى المادة ٧/٩٩[٢٢٣] إلا أن هذا الرأى مهجور لمخالفته لنص المادة ١٣ من القانون ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥ والتى حددت بدقة المواد التى الغيت من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية وليس من ضمنها نص المادة ٩٩.[٢٢٤] كما جرى قضاء محكمة النقض بعد صدور القانون ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥ على الاستناد لنص المادة ٧/٩٩ دون أى اشارة الى الغائها أو عدم الاعتداد بها [٢٢٥] بل أن محكمة النقض قد اعتبرت أن نص المادة ٧/٩٩ متعلق بالنظام العام بحيث يجوز للمحكمة تطبيقها من تلقاء نفسها ولو لم يطلب احد الخصوم ذلك فقررت "أن الباعث على تقرير ذلك الدفع وعلى ما جاء بالمذكرة الايضاحية لنص اللائحة المذكورة هو دفع الحرج والمشقة بالنسبة للطوائف التى لا تدين بالطلاق أى أنه مقرر لصالح هذه الطوائف حماية لعقيدتهم الدينية وليس لصالح الخصم المدعى عليه مما مؤداها تعلق هذا الدفع بالنظام العام وبالتالى فإنه لا على المحكمة إن هى قضت به من تلقاء نفسها"[٢٢٦]

---

(٢٢٣) صدرت بعض الأحكام بهذا المعنى من محكمة الاسكندرية الابتدائية - راجع - توفيق فرج - السابق ص٣٠٦

(٢٢٤) نصت المادة ١٣ من القانون ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥ على الغاء المواد ١ - ٤ ، ١١ - ١٦ ، ٢٩ - ٥١ ، ٥٣ - ٩٧ ، ١٠٠ - ١٣٦ ، ١٣٨ - ١٧٨ ، ١٨٠ ، ١٨٢ - ٢٧٩ ، ٣٢٨ - ٣٤٢ ، ٣٤٨ ، ٣٥١ ، ٣٥٢ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية.

(٢٢٥) على سبيل المثال نقض ١٩٦٨/٢/١٤ فى الطعن رقم ٨ لسنة ٣٦ ق - مجموعة س١٩ ص٢٩٣ ، وتذكر صراحة فى أحد أحكامها أن المشرع إستبقى نص المادة ٩٩ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية - نقض ١٩٧٠/١/١٤ فى الطعن رقم ٣٠ لسنة ٣٧ ق مجموعة س ٢١ ص ٩٦.

(٢٢٦) نقض ١٩٨٤/٤/١٠ فى الطعن رقم ٣١ لسنة ٥٣ ق - مجموعة س ٣٥ ص٩٥٩.

نطاق تطبيق نص المادة ٧/٩٩ من حيث الأشخاص:(٢٢٧)

لا يعنى هذا النص اليهود بطبيعة الحال ولا يقدم بالنسبة لهم أيه فائدة لان الشريعة اليهودية تدين بوقوع الطلاق بصفة عامة سواء كان بحكم القاضى أم بإرادة الزوج المنفردة ، فلا يتصور أن يكون المقصود من هذا النص أنه يجوز للقاضى الحكم بالطلاق بالنسبة لليهود ، لأن هذه الإجازة موجودة اصلا بشريعتهم الخاصة ، فتطبيق الشريعة الإسلامية عليهم بشأن الطلاق لن يمثل أى تصادم مع قواعد الشريعة اليهودية.

وقد حاول رأى فى الفقه أن يفسر معنى الطلاق الوارد بالمادة ٧/٩٩ بانه "الطلاق بالارادة المنفردة للزوج" فلا يشمل "التطليق" الذى يتم بحكم المحكمة وبمعنى آخر يشترط أن يدين الزوجان بجواز ايقاع الزوج للطلاق بالارادة المنفردة" وليس الطلاق بصفة عامة والذى يشمل التطليق ورتب على ذلك أنه "لا يوجد من غير المسلمين من يدين بوقوع الطلاق سوى اليهود ، أما المسيحيين على اختلاف مللهم وطوائفهم فلا يدينون بوقوع الطلاق وإن سمحت بعض طوائفهم بالتطليق"(٢٢٨)

ومؤدى الرأى سالف الذكر أن دعوى الطلاق لا تسمع بالنسبة لجميع الطوائف المسيحية – فى حالة تطبيق الشريعة الإسلامية – لان جميع هذه الطوائف لا تعرف الطلاق بالإرادة المنفردة ، ولكن هذا الرأى لم يلق قبولا إذ

---

(٢٢٧) راجع حسام الاهوانى – السابق ص٢٤٤ ويستعمل عبارة "من هم غير المسلمين الذين يستفيدون من النص" ويوحى استعمال لفظ "يستفيدون" بان تطبيق النص على غير المسلمين يحمل دائما فائدة لهم رغم أن ذلك قد لا يكون صحيحا فحرمان غير المسلم من الطلاق قد يمثل اضرارا به أو بزوجه عندما يكون بقاء الزوجية اكثر ضررا من انقضائها.

(٢٢٨) راجع – سمير عبد السيد تناغو – أحكام الأسرة للمصريين غير المسلمين ١٩٦٨ ص٧٣.

أن لفظ الطلاق هو لفظ عـام ينصرف الى الطـلاق بـالارادة المنفـردة لـلزوج والى التطليق بحكم القاضى ولم يكن للرأى المذكور سند سوى الحجة اللفظيـة التى ذكرها ، ولذلك فقد ردت محكمة النقض على هذا الرأى صراحة وقررت أن المقصود بهذا النص هم الكاثوليك لأن الكاثوليكية هى الملة الوحيدة التى لا تعرف الطـلاق وإنمـا تعرف التفريق الجسمانى فقـررت "أن المشـرع .... إستبقى نص المادة ٩٩ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية دفعـا للحـرج الذى قد يحدث عندالطلاق فى حالة ما إذا كان الزوجان لا يدينان بوقوعه ..... ولا وجه للتحـدى فـى هذا الصـدد بـان الديـن المسيحى علـى اختـلاف مذاهبـه لا يعرف الطلاق بالإرادة المنفردة ، ذلك أن المقصود من المادة المشار إليهـا انه يكون الطلاق مشروعا فى ملة الزوجين غير المسلمين ولو توقـف علـى حكـم من القاضى ، وأنه لا يرجع لشريعة الزوجيـن عنـد اختلافهمـا فـى الطائفـة أو الملة إلا لبحـث دنيونتهمـا بوقـوع الطـلاق إذ أن الملـة الوحيـدة التـى لا تجـيز التطليق هى ملة الكاثوليك"(٢٢٩).

ويلاحظ اننا قد ذكرنا أن هذا النـص لا يتعلـق بـاليهود بـاى حـال مـن الأحوال ، لان المسألة المطروحة فى هذا النص هـى أن مبدأ الطـلاق - فـى حالـة تطبيـق الشـريعة الإسـلامية - يتعـارض مـع جوهـر الشـريعة الخاصـة للزوجين ، ولذلك فان هذه المسألة لا يمكن أن تطرح إلا بالنسبة للمسـيحيين ، وإذا راجعنا نص المادة ٧/٩٩ فانه يعنى التفرقة بين قسمين من المسـيحيين ، قسم يدين بالطلاق وقسـم لا يديـن بـالطلاق وهـم الكـاثوليك فقـط ، ولـو أخذنـا

---

(٢٢٩) نقض ١٩٧٠/١/١٤ فى الطعن رقـم ٣٠ لسنة ٣٧ ق - مجموعـة س٢١ ص٩٦ وفـى ذات المعنـى نقض ١٩٦٨/٢/١٤ فـى الطعن رقم ٨ لسـنة ٣٦ ق مجموعـة س١٩ ص٢٩٣ ، نقـض ١٩٧٦/١٢/١٥ فـى الطعـن رقـم ٣٠ لسـنة ٤٥ ق مجموعـة س٢٧ ص١٧٥٨.

بالرأى المنتقد فإن النص يفقد أى معنى له طالما ان الرأى قد ذهب الى تطبيقه على جميع طوائف المسيحيين ، وقد قررت محكمة النقض هذا المعنى صراحة فقالت :أن الشارع قصد التفرقة بين الطوائف التى تدين بالطلاق فاجاز سماع الدعوى بالنسبة لها دون تلك التى لا تدين بالطلاق فمنع سماع دعوى الطلاق بينهما دفعا للحرج والمشقة ، وكان المذهب الوحيد الذى لا يجيز التطليق فى المسيحية هو المذهب الكاثوليكى ...."(٢٣٠)

ويلاحظ أنه يكفى لتطبيق نص المادة ٩٩/ ٧ ان يكون احد الزوجين فقط من الكاثوليك فلا يشترط أن يكون كلاهما من الكاثوليك ، فلو كان الزوج قبطيا أرثوذكسيا وكانت الزوجة كاثوليكية فلا تسمع دعوى الطلاق رغم أن الشريعة الإسلامية هى التى تطبق على النزاع ورغم أن الزوج ينتمى لطائفة تجيز التطليق ، وهذا المعنى يظهر بوضوح من نص المادة ٧/٩٩ ذاتها حيث اشتملت على عبارة "**يدينان بوقوع الطلاق**" وليس احدهما فقط وهو ما قضت به محكمة النقض فقررت أن "دعوى الطلاق لا تسمع من أحد الزوجين غير المسلمين على الأخر إلا إذا كانا يدينان بوقوع الطلاق ، أى أن يكون الطلاق مشروعا فى ملة الزوجين غير المسلمين"(٢٣١)

حدود الرجوع الى الشريعة الخاصة فى هذا الشأن:

يلاحظ أن الرجوع للشريعة الخاصة بالزوجين يكون بهدف التحقق مما إذا كان مبدأ الطلاق فيها مشروعا أم لا ، فإذا تبين أن هذه الشريعة تعرف الطلاق توقف الامر عند ذلك ، ولا يتم البحث فى حالات

---

(٢٣٠) نقض ١٩٧٦/١٢/١٥ فى الطعن رقم ٣٠ لسنة ٤٥ق مجموعة س٢٧ ص ١٧٥٨.

(٢٣١) نقض ١٩٧٦/١٢/١٥ المشار اليه سابقا ، وفى ذات المعنى - نقض ١٩٨٤/٤/١٠ فى الطعن رقم ٣١ لسنة ٥٣ ق مجموعة س٣٥ ص٩٥٩.

الطلاق أو أسباب الطلاق التى تنظمها الشريعة الخاصة ، ويرجع فى هذه الاسباب او الحالات الى الشريعة الإسلامية التى كانت تحكم النزاع بحسب الاصل ، فاذا كان الزوج قبطيا ارثوذكسيا وكانت الزوجة انجيلية ورفعت عليه دعوى للتطليق للضرر ، فإن الشريعة الإسلامية هى التى تحكم النزاع ، ولما كانت كل من شريعة الأقباط الارثوذكس وشريعة الإنجيليين تعرف التطليق فانه يجوز سماع دعوى التطليق من الزوجة ، ويجوز الحكم بتطليقها للضرر وفقا للمادة ٦ من القانون ٢٥ لسنة ١٩٢٩ (٢٣٢) ، رغم أن شريعة الإنجيليين لا تقر التطليق إلا فى حالتين هما الزنا ، وخروج أحد الزوجين عن الدين المسيحى ، "فلا يرجع لشريعة الزوجين عند اختلافهما فى الطائفة أو الملة الا لبحث دينونتهما بوقوع الطلاق فقط لا الطلاق المدعى به"(٢٣٣)

إذا دان الزوجان بوقوع الطلاق ، فهل يجوز للزوج المسيحى الطلاق بإرادته المنفردة؟

الإجابة التى تتبادر للذهن لاول وهلة تطبيقا لصحيح القانون هو أنه طالما طبقت الشريعة الإسلامية على النزاع فان الزوج غير المسلم يتمتع بحقوق الزوج المسلم فيجوز له إيقاع الطلاق بإرادته المنفردة وهو ما أخذت به محكمة النقض لان "الشريعة الإسلامية تبيح للزوج أن يطلق زوجته بالارادة المنفردة وهى – على ما جرى به قضاء هذه المحكمة – القانون العام الواجب التطبيق فى مسائل الأحوال الشخصية للمصريين غير المسلمين

---

(٢٣٢) نصت المادة ٦ من المرسوم بقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ على أنه "إذا إدعت الزوجة اضرار الزوج بها بما لا يستطاع معه دوام العشرة بين امثالهما يجوز لها أن تطلب من القاضى التفريق وحينئذ يطلقها القاضى طلقة بائنة إذا ثبت الضرر وعجز عن الاصلاح بينهما ...."

(٢٣٣) نقض ١٤/ ٢/ ١٩٦٨ فى الطعن رقم ٨ لسنة ٣٦ ق – مجموعة س١٩ ص٢٩٣.

المختلفى الطائفة أو الملة وتصدر الأحكام فيها طبقا لما هو مقرر فى المادة ٢٨٠ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية"(٢٣٤) ويترتب على ذلك أنه إذا رفعت دعوى بإثبات هذا الطلاق الذى وقع بالارادة المنفردة فان الطلاق يعتبر واقعا من وقت صدوره من الزوج وليس من وقت النطق بالحكم "فالحكم ليس منشئا هنا لحالة وإنما كاشف عنها فيستند الطلاق إلى تاريخ ايقاعه لا الى تاريخ الحكم".(٢٣٥)

وقد انتقد هذا الاتجاه لمحكمة النقض من جانب من الفقه ويتلخص هذا النقد فى أنه يصعب من الناحية القانونية القول بان المسيحى يجوز له أن يطلق زوجته بالارادة المنفردة ، وقد يترتب على الأخذ بذلك نتيجة خطرة وهى أن الزوج قد يخطئ ويعتقد أن له الحق فى ايقاع الطلاق بالارادة المنفردة ثم يحكم القضاء بعد ذلك بأن الطلاق غير صحيح فاذا كان الزوج المسيحى قد تزوج فان زواجه الثانى يكون باطلا ، كما يفتح هذا الحل الباب للتحايل حيث يسمح للزوجين المسيحيين بالطلاق بالاتفاق وذلك بأن يغير احدهما طائفته فيستطيع الزوج ايقاع الطلاق بارادته المنفردة.(٢٣٦)

---

(٢٣٤) نقض ١٩٦٨/٢/١٤ السابق الاشارة اليه ، وفى ذات المعنى (أى جواز الطلاق بالارادة المنفردة فى هذه الحالة) – نقض ١٩٦٦/٣/٣٠ فى الطعن رقم ٢٩ لسنة ٣٤ق – مجموعة س١٧ ص٧٩٢ ، نقض ١٩٦٨/١/٣١ فى الطعن رقم ٢ لسنة ٣٧ ق – مجموعة س١٩ ص١٧٩ ، نقض ١٩٧٢/١٢/٢٠ فى الطعن رقم ١٦ لسنة ٤١ ق – مجموعة س٢٣ ص١٤٤٢. كما تقرر محكمة النقض صراحة "أن للزوج المسيحى أسوة بالزوج المسلم الحق فى ايقاع الطلاق بارادته المنفردة ، إذا كانت الشريعة الإسلامية تحكم العلاقة بينهما تبعا لعدم توافر شروط انطباق الشرائع الطائفية – نقض ١/١٧ /٧٩ فى الطعنين رقمى ٢٦/١٦ لسنة ٤٨ق مجموعة س ٣٠ ص ٢٧٦.

(٢٣٥) ايهاب اسماعيل – اصول الأحوال الشخصية ص٢٧٨.

(٢٣٦) راجع فى الانتقادات التى وجهت لحكم محكمة النقض – حسام الاهوانى – السابق ص٢٥٣.

ولذلك أبدى بعض الفقه بعض الآراء فى هذه المسألة تخالف رأى محكمة النقض فذهب رأى إلى أن الزوج غير المسلم لا يجوز له ايقاع الطلاق بإرادته المنفردة وقد استند أحد أنصار هذا الرأى إلى نص المادة ٢/٦ من القانون ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥ والتى تنص على أنه "أما بالنسبة للمنازعات المتعلقة بالأحوال الشخصية للمصريين غير المسلمين والمتحدى الطائفة والملة الذين لهم جهات قضائية ملية منظمة وقت صدور هذا القانون فتصدر الأحكام فى نطاق النظام العام – طبقا لشريعتهم". فالخطاب فى هذه الفقرة وبالذات من حيث تطبيق الشريعة الإسلامية ، موجه للقاضى وليس للفرد ، فعبارة تصدر الأحكام قاطعة فى هذا المعنى والمشرع لم يشترطها عبثا ، وإلا لكان من السهل عليه أن يقول مثلا : تنظم مسائل الأحوال الشخصية وفق الشريعة الإسلامية ، ومن ثم يبدو الفارق الجوهرى بين تطبيق الشريعة الإسلامية والشريعة الخاصة على غير المسلمين ، فالشريعة الخاصة – وهى الشريعة الاصل بالنسبه لغير المسلمين – يمكن أن تطبق تطبيقا فرديا ، ولمن لا يرتضى هذا التطبيق أن يلجأ إلى القاضى ، أما تطبيق الشريعة الإسلامية – وهى استثناء بالنسبه لغير المسلمين – فلا يمكن أن يكون تطبيقها إلا على يد القاضى ، كما أن تطبيق الشريعة الإسلامية على غير المسلمين – فوق أنه استثناء – منوط بقيام عوامل قانونية لا يقدر الفرد العادى ، ولا يملك أن يقرر توافرها أو تخلفها فهذا التقرير يقتضى البحث فى أمر توافر الاختلاف فى الملة أو الطائفة ، والبحث فى أمر الادلة التى يستند إليها كل شخص فى الانضمام إلى ملة معينة ، وتحديد الوقت الذى يعتبر فيه الشخص قد انضم ، ويقتضى الامر ايضا البحث عما إذا قام تعارض بين حكم الشريعة الخاصة

وحكم الشريعة الإسلامية ، ومعلوم أن تحديد النظام العام مما يدخل فى تقدير القاضى ولا يدخل فى تقدير الفرد العادى.(٢٣٧)

إلا أن هذا الرأى منتقد لما يلى:

١- انه يستند لحجة لفظية هى عبارة "تصدر الأحكام" ومن الممكن أن نقول ردا على هذه الحجة اللفظية أن مدلولها ينصرف الى الحالات التى يلجأ فيها الى القضاء دون الحالات التى يطبق فيها الافراد القانون بأنفسهم دون اللجوء للقضاء.

٢- وعلى فرض التسليم بهذه الحجة اللفظية ، فلماذا يقيم الرأى هذه التفرقة التحكمية بين أحكام الشريعة الإسلامية وأحكام الشريعة الخاصة رغم ان كلاهما تطبق على غير المسلمين ورغم أن عبارة تصدر الأحكام فقد وردت ايضا بشأن تطبيق الشريعة الخاصة وليس بشأن تطبيق الشريعة الإسلامية فقط.

٣- يخالف هذا الرأى ما استقر عليه فقه القانون من أن تطبيق القانون قد يتم عن طريق الافراد اختيارا وقد يتم على يد القضاء فى حالة المنازعة فى تطبيقه ، فلماذا يخص هذه الحالة بالذات بانها يجب الا تطبق الا عن طريق القضاء.

٤- يؤدى الاخذ بمنطق الرأى المذكور أن الشخص الذى لديه دراية كافية بالقانون ومسائل الأحوال الشخصية يستطيع أن يوقع الطلاق بارادته المنفردة - مستشار أو محام مثلا - لانه لن تقوم لديه صعوبة فى ادراك مضمون

---

(٢٣٧) احمد سلامة - مسائل فى الأحوال الشخصية لغير المسلمين - العلوم القانونية والاقتصادية - س١٠ - العدد الاول ص١١٥ وما بعدها.

القانون فى هذا الشأن بينما لا يستطيع الشخص الذى لادراية له بالقانون القيام بذلك ، وهى نتيجة لا يمكن التسليم بها ، إذ يجب ألا يختلف تطبيق القانون باختلاف الشخص الذى يطبق عليه.[(٢٣٨)]

كما استند بعض انصار هذا الرأى إلى أن ايقاع الطلاق بالارادة المنفردة لا يتصور من المسلم لاتصاله بالعقيدة الدينية فيقرر "أن يمين الطلاق عند المسلمين أمر يتعلق بعقيدة الزوج المسلم الدينية فهو يعتقد أن تلك اليمين توجب الفرقة وتنهى الملك فالجزاء الدينى هنا يختلط ويمتزج بالجزاء القانونى كما هو الشأن فى جميع التشريعات ذات الأصل السماوى وعلى ذلك فيصعب أن تنسحب تلك القاعدة القانونية الدينية على أشخاص لا يدينون اصلا بالعقيدة التى تستند اليها تلك القاعدة ...." ولان "شرط امكان وقوع الطلاق بيمين الزوج هو أن يكون الزوج مسلما من أهل التكليف والتكليف يقتضى الإسلام والبلوغ والعقل"[(٢٣٩)]

ولا يخلو المبرر الأخير من نقد أيضا إذ ان فقهاء الشريعة الإسلامية قد اختلفوا حول ما إذا كان الزواج - ومن ثم انقضائه بالطلاق - يعد من قبيل العبادات أم المعاملات فليس من المقطوع به أن الزواج يعتبر ن العبادات بحيث لا يمكن القول بان يمين الطلاق لا يملك ايقاعه الا المسلم.[(٢٤٠)]

---

(٢٣٨) راجع ايضا - حسام الاهوانى - السابق ٢٥٦ وما بعدها.
(٢٣٩) جمال مرسى بدر - فى تعليقه على حكم لمحكمة الاسكندرية الابتدائية - مجلة الحقوق السنة السادسة (١٩٥٥ - ١٩٥٦) - العددان الثالث والرابع ص٢٠٧ وما بعدها وخصوصا ص٢١٧.
(٢٤٠) راجع - حسام الاهوانى - السابق ص٢٦٠.

وذهب رأى آخر إلى حل وسط فيفرق بين حالة قيام نزاع حول الشريعة واجبة التطبيق وحالة عدم قيام مثل هذا النزاع ، فإذا كان تطبيق الشريعة الإسلامية أمرا واضحا لاخلاف فيه نظرا لوضوح تخلف شروط تطبيق الشريعة الخاصة ، فهنا يجوز للزوج ايقاع الطلاق بارادته المنفردة ويقع الطلاق من وقت صدوره ، أما إذا كان هناك نزاع حول الشريعة واجبة التطبيق ، فلا يجوز ايقاع الطلاق بالارادة المنفردة ، وإذا حدث فلا يعتد به ، فالحكم هنا منشئ لا مقرر وهو الذى يعطى الزوج غير المسلم حقوق الزوج المسلم.[٢٤١]

إلا أنه يؤخذ على الرأى السابق أنه لا يوجد ما يمنع من منازعة أحد الاطراف فى الشريعة واجبة التطبيق رغم وضوح الحل القانونى بشأنها ، كما يؤخذ عليه أيضا أن الحل القانونى للمسألة لا يجب ان يختلف وفقا لما إذا كانت المسألة متنازعا فيها أم لا ، فإذا جاز للزوج المسيحى الطلاق بالارادة المنفردة فإنه لا ينبغى تعليق ذلك على وجود نزاع أو عدم وجود نزاع فى الشريعة واجبة التطبيق.[٢٤٢]

ولذلك فاننا لا نملك فى هذه المسألة سوى التسليم بان اتجاه محكمة النقض هو الذى يتفق مع نصوص القانون ، فطالما أن الشريعة الإسلامية هى التى تحكم النزاع فان الزوج يتمتع بنفس حقوق الزوج المسلم.[٢٤٣] وإذا كان هناك من نقد يوجه لهذا الحل استنادا لأن جميع الشرائع المسيحية لا تعرف الطلاق بالارادة المنفردة فإن الامر يحتاج الى تعديل تشريعى ، ويلاحظ من الناحية العملية أن جهة التوثيق ترفض توثيق الطلاق فى حالة ايقاعه من

(٢٤١) توفيق فرج - السابق ٣٢١ وما بعدها.
(٢٤٢) راجع فى هذا النقد - حسام الاهوانى - السابق ص٢٦٢.
(٢٤٣) من هذا الرى - حسام الاهوانى - السابق ص٢٦٣.

الزوج المسيحى بارادته المنفردة لكى لا تقحم نفسها فى مسألة مدى توافر شروط تطبيق الشريعة الخاصة أو تخلفها ، فلا يكون أمام الزوج سوى اللجوء الى القضاء للحكم باثبات الطلاق وهكذا لا يكون للطلاق بالارادة المنفردة أثر عملى الا بعد صدور حكم باثباته.(٢٤٤)

الفرع الثانى

الحالتان اللتان انشأتهما محكمة النقض

إذا تخلفت شروط تطبيق الشريعة الخاصة فإن الشريعة الإسلامية هى التى تحكم النزاع ولذلك فان المنطق يقضى بأن تطبق جميع قواعد الشريعة الإسلامية إلا إذا نص المشرع على خلاف ذلك مثل الحالة الواردة بنص المادة ٩٩/ ٧ سالفة الذكر خاصة وان قضاء محكمة النقض قد استقر على أن "الشريعة الإسلامية ..... هى - على ما جرى به قضاء هذه المحكمة - القانون العام الواجب التطبيق فى مسائل الأحوال الشخصية بالنسبة للمصريين غير المسلمين المختلفى الطائفة أو الملة وتصدر الأحكام فيها طبقا لما هو مقرر فى المادة ٢٨٠ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية"(٢٤٥)

ولذلك - واستنادا لما استقر عليه قضاء محكمة النقض وتطبيقا للقانون - فإن القاعدة العامة هى خضوع غير المسلمين إذا اختلفوا طائفة أو ملة للشريعة الإسلامية والاستثناء هو عدم خضوعهم للشريعة الإسلامية إلا أن محكمة النقض قد وضعت قاعدة هامة مؤداها أن الشريعة الإسلامية لا

---

(٢٤٤) راجع - حسام الاهوانى - السابق ص٢٧٢.
(٢٤٥) نقض ١٩٦٨/٢/١٤ فى الطعن رقم ٨ لسنة ٣٦ ق - مجموعة س١٩ ص٢٩٣.

تطبق على غير المسلمين إذا تعارضت مع جوهر الشريعة الخاصة بحيث يؤدى تطبيقها الى هدم ركن اساسى من أركان العقيدة الدينية لغير المسلمين وقد بدأت محكمة النقض بتطبيق هذه القاعدة بشأن عدم جواز تعدد الزوجات للمسيحيين ثم طبقتها مرة أخرى - فيما نعلم فى واحد من أحدث أحكامها بشأن الشكل الدينى للزواج فى المسيحية وهو ما سنتناوله تباعا:

أولا: لا يجوز تعدد الزوجات للزوج المسيحى:

وقد قررت محكمة النقض فى هذه المسألة أنه "ولئن كان مفاد المادتين ٦ ، ٧ من القانون رقم ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥ بشأن الغاء المحاكم الشرعية والمحاكم الملية ، والمادة ٢٨٠ من المرسوم بقانون رقم ٧٨ لسنة ١٩٣١ بلائحة ترتيب المحاكم الشرعية ، أن أحكام الشريعة الإسلامية باعتبارها الشريعة العامة هى الواجبة التطبيق فى منازعات الأحوال الشخصية التى تقوم بين الزوجين المسيحيين إذا اختلفا طائفة أو ملة .... إلا أنه لا محل لاعمال هذه القواعد الموضوعية فى الشريعة العامة - والتى يتمتع بمقتضاها الزوج المسيحى بنفس حقوق الزوج المسلم - إذا تصادمت مع أحد المبادئ المتصلة بجوهر العقيدة المسيحية ، والتى تعد مخالفة المسيحى لها مروقا من ديانته وانحرافا عن عقيدته وخرقا لمسيحيته ، طالما لا تنطوى مبادئ الشريعة الخاصة على ما يتجافى وقواعد النظام العام فى مصر ومن قبيل هذه المبادئ التى لا تتعارض وقواعد النظام العام وتعتبر من الاصول الاساسية فى الديانة المسيحية مبدأ حظر تعدد الزوجات ، إذ لا يجوز اعمال ما يناقضه من الأحكام الموضوعية فى الشريعة العامة".

"ولما كان الاجماع أخذا بروح الانجيل وفكرة الجسد الواحد وعفة الزواج المسيحى على أن الوحدة فى الزواج تعتبر من المبادئ التى تمسكت

بها المسيحية من مستهل بزوغها ، وكان من خصائص الزواج المسيحى أنه علاقة فردية ، لا يمكن أن تنشأ الا بين رجل واحد وإمرأة واحدة ، فلا يجوز للرجل أن يتزوج بأكثر من إمرأة واحدة فى نفس الوقت ، ولا يجوز للمرأة أن تجمع أكثر من زوج فى وقت واحد ، وكان حظر تعدد الزوجات وتعدد الازواج على سواء ، يعد من المبادئ التى سادت المسيحية طوال العشرين قرنا الماضية. ولم تكن اطلاقا موضع خلاف على الرغم من انقسام الكنيسة الى شرقية وغربية وإلى ارثوذكسية وكاثوليكية وبروتستانتية حتى اصبحت شريعة الزوجة الواحدة لها سمة وعليها علما مما مؤداه أن هذا المبدأ - وإن لم يرق الى مرتبة النظام العام على ما سبق بيانه(٢٤٦) - يعتبر من القواعد الاصلية فى المسيحية على اختلاف مللها ونحلها وطوائفها ومذاهبها المتعلقة بصميم العقيدة الدينية والواجبة الاحترام والخليقة بالانصياع فيما بين المسيحيين بحيث أنه فى نطاق التعدد المتعاصر للزيجات - بخلاف الزيجات المتعاقبة - يعتبر الزواج الثانى المعقود حال قيام الزوجية الاولى باطلا ولو رضى به الزوجان ويكون لهما ولكل ذى شأن حق الطعن فيه"

"لما كان ما تقدم وكان ما اوردته المذكرة الايضاحية للقانون رقم ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥ من أنه (يكفل احترام ولاية القانون الواجب التطبيق حتى لا يكون هناك اخلال بحق أى فريق من المصريين مسلمين أو غير مسلمين فى تطبيق شريعة كل منهم) دليل غير داحض على أن المشرع إنما قصد احترام كافة الشرائع عامة وخاصة ، وأن الاخلال بالقواعد الاساسية المتعلقة بصميم العقيدة وجوهر الديانة ، لم يدر بخلده وفيه مجاوزة لمراده يؤيد هذا النظر أن الشارع استبقى الفقرة الاخيرة من المادة ٩٩ من لائحة ترتيب

(٢٤٦) راجع ما سبق بشأن تحديد محكمة النقض لمفهوم النظام العام.

المحاكم الشرعية التى تستلزم الدينونة بالطلاق لسماع الدعوى به من أحد الزوجين غير المسلمين على الآخر ، عانيا بذلك طائفة الكاثوليك التى تدين بعدم قابلية العلاقة الزوجية للانحلال ، احتراما لمبدأ أصيل متعلق بجوهر العقيدة الكاثوليكية بطوائفها المختلفة ، أخذا بتخصيص القضاء ودفعا للحرج والمشقة ، يظاهر هذا القول أن اباحة تعدد الزوجات فى الشريعة الإسلامية مقيد بعدم مجاوزة الزواج من أربع ، ومشروط بالعدل بين الزوجات والقدرة على الانفاق ، ولئن لم يكن هذان الشرطان من شروط الصحة فينعقد الزواج صحيحا رغم تخلفهما ، إلا أن الشخص يكون آثما يحاسبه الله سبحانه على الجور وعلى عدم القيام بتكاليف الزواج ، فإن الخطاب فى هذا الشأن – كما هو ظاهر – موجه الى المسلمين دون غيرهم ، ويغلب فيه الجزاء الدينى ، بحيث يستعصى القول بانسحاب هذه القاعدة الدينية البحتة على من لا يدين اصلا بالعقيدة التى تستند اليها اباحة التعدد ويكون اجازة تعدد الزيجات المتعاصرة للمسيحى حتى عند اختلاف الملة أو الطائفة بغير سند وإذ خالف الحكم المطعون فيه هذا النظر ، وجعل عمدته فى قضائه اعمال الأحكام الموضوعية للشريعة العامة فى غير حالات انطباقها ، واباح تعدد الزوجات للمسيحى رغم تنافره مع أصل اساسى من أصول عقيدته ، فانه يكون مخالفا للقانون مما يستوجب نقضه"[٢٤٧]

---

(٢٤٧) نقض ١٩٧٩/١/١٧ فى الطعنين رقمى ٢٦/١٦ لسنة ٤٨ق – مجموعة س ٣٠ ص٢٧٦ ، وراجع حكما احدث لها في ١٩٨٦/٤/٢٢ فى الطعن رقم ٦٢ لسنة ٥٤ ق مجموعة س٣٧ ص٤٥٧ وجاء به "أنه لما كان مبدأ حظر تعدد الزوجات يعتبر من القواعد الاصلية فى المسيحية على اختلاف مللها وطوائفها المتعلقة بصميم العقيدة الدينية والواجبة الاحترام والخليقة بالانصياع فيما بين المسيحيين بحيث يعتبر الزواج الثانى المعقود حال قيام الزوجية الاولى باطلا ولو رضى به الزوجان ، ويكون لهما ولكل ذى شأن حق الطعن فيه ، وكان اطراف الدعوى ممن يدينون بالمسيحية وكانت المطعون عليها زوجة للطاعن الاول فان من حقها رفع دعوى ببطلان زواجه بالطاعنة الثانية".

وأول ما يتبادر إلى الذهن تعليقا على هذا الحكم هو أنه يتناقض مع قضاء محكمة النقض الذى يجيز للزوج المسيحى ايقاع الطلاق بالارادة المنفردة فى حالة خضوع العلاقة للشريعة الإسلامية رغم أن ذلك قد يعتبر متعارضا مع جوهر العقيدة المسيحية إلا أن المحكمة قد ردت على ذلك فى حكمها ذاته فقررت أنه "لا يقدح فى ذلك أن للزوج المسيحى أسوة بالزوج المسلم الحق فى ايقاع الطلاق بارادته المنفردة ، إذا كانت الشريعة الإسلامية تحكم العلاقة بينهما تبعا لعدم توافر شروط انطباق الشرائع الطائفية ، ورغم أن قواعد الشرائع الطائفية المطبقة حاليا لا تعرف الطلاق بمشيئة الزوجين أو أحدهما ، اعتبارا بانه لا يجوز أن يترك للارادة حل عقدة الزواج لما فيه من تحكيم أهواء النفس البشرية فيما لا يجوز فيه سيطرة الهوى النفسى والضعف الانسانى ، لان الثابت أن الشريعتين اللتين كانتا سائدتين عند ظهور الديانة المسيحية – وهما الشريعة اليهودية والقانون الرومانى – كانتا تبيحان تراضى الزوجين على انهاء العلاقة الزوجية ، وتقران حق الزوج فى الطلاق بمحض إرادته ، وظلت مبادئ هاتين الشريعتين فى هذه المسألة هى السارية مع انتشار المسيحية يساندها استعمال الكتاب المقدس للفظ الطلاق لا التطليق فى انجيل متى ، وتحدثه عن حل وثائق الزوجيه حال الزنا ، ولم تتم الغلبة لحظر الطلاق بالارادة المنفردة الا بعد تسعة قرون فى مجمع القسطنطينية المنعقد سنه ٩٢٠ الميلادية حين بدأت الكنيسة تزاول إختصاصا قضائيا بتصريح ضمنى من الاباطرة رغم عدم وجود قانون يقضى بذلك ، فهو أقرب الى تنظيم الطلاق وتقييده والحد منه الى إلغائه ومنعه. وإذا كانت مختلف الشرائع المسيحية الطائفية – فيما عدا شريعة واحدة لها وضع خاص على ما سيتلو – تبيح التطليق على تفاوت فى اسبابه بين توسعة وتضييق ، وكانت مسألة تطبيق الشريعة العامة لا تثور الا عند اختلاف الزوجين طائفة أو ملة ، فان

اللجوء الى الأحكام الموضوعية للشريعة الإسلامية بإباحة التطليق بالارادة المنفردة يبدو لازما تبعا لعدم اتاحة مجال للخيرة بين الأحكام الموضوعية لاى من الشرائع الطائفية ، وهى ذات العلة التى كانت تواجه القضاء الملى قبل الغائه ، فكان يرفض الفصل فى النزاع بين مختلفى الملة لعدم وجود قاعدة موحدة لغير المسلمين . هذا بالاضافة الى أنه طالما ترفع الدعوى بطلب إثبات الطلاق الواقع بالارادة المنفردة ، ويعرض النزاع على القضاء بقول قالته فى الشريعة التى تحكمه ، فان ثبت له توفر شرائط انطباق الشريعة الطائفية لم يقع الطلاق صحيحا ، وإن استبان تخلف الشروط وخضوع المنازعة لأحكام الشريعة الإسلامية أقر وقوع الطلاق ، فان هناك توافقا فى النتيجة رغم تغاير الوسيلة ، ومن ثم فلا يمكن قياس هذه المسألة على حالة تعدد الزوجات".

ويعلق بعض الفقه على حكم محكمة النقض، مسايرا لها فى منطقها قائلا بأنها قد فسرت وجود المادة ٧/٩٩ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية "اشتراط الدينونة بوقوع الطلاق" بانها ترسى مبدأ ضرورة احترام قواعد الديانة المسيحية وعدم الاخذ بأحكام الشريعة الإسلامية التى تتصادم مع اصول الديانة المسيحية ، فالمادة ٧/٩٩ - فى مفهوم محكمة النقض - هى تطبيق لمبدأ ضرورة عدم تطبيق أحكام الشريعة الإسلامية فى علاقات غير المسلمين إذا هى تصادمت مع اصول الديانة المسيحية وهى ليست استثناء وإنما تطبيق لمبدأ يجب تعميمه [٢٤٨] كما يتناول ذات الفقه الحالة الواردة

(٢٤٨) راجع حسام الاهوانى - السابق ص٢٧٣ وقرب - عبد العزيز المرسى - السابق ص٢٥٣.

بالمادة ٧/٩٩ باعتبارها تطبيقا للمبدأ العام الذى ارسته محكمة النقض وهو "عدم تطبيق الشريعة الإسلامية إذا تصادمت مع اصول الديانة المسيحية".(٢٤٩)

ونلاحظ على ما قررته محكمة النقض ومن سايرها من الفقه ما يلى:

١- أن المحكمة قد استندت فى وضع المبدأ العام سالف الذكر الى نص المادة ٧/٩٩ ، وفى مفهوم محكمة النقض ومن سايرها من الفقه أن نص المادة ٧/٩٩ هو تطبيق للمبدأ العام سالف الذكر ، فكيف يقال مع ذلك أن نص المادة ٧/٩٩ هو تطبيق للمبدأ العام رغم أن المبدأ العام ذاته قد استند فى وجوده لنص المادة ٧/٩٩ ، نضيف الى ذلك أنه من المتصور القول بقياس حالة تعدد الزوجات - وهى حالة لم يرد بها نص - على حالة اشتراط الدينونة بالطلاق - وهى حالة منصوص عليها - إلا ان الأمر لا يجب أن يصل الى القول بان نص المادة ٧/٩٩ - وهى نص تشريعى - ليست الا تطبيقا لمبدأ عام ارسته محكمة النقض والا كان ذلك قلبا للامور رأسا على عقب ، فالمبدأ القضائى قد يتصور أن يكون تطبيقا لنص تشريعى ولكن لا يتصور - فى رأينا - أن يكون النص التشريعى تطبيقا لمبدأ عام ارساه القضاء خاصة وأن المبدأ العام الذى وضعته محكمة النقض قد جاء لاحقا لنص المادة ٧/٩٩ بفترة طويلة.

٢- تقضى القاعدة الاصولية ان الاستثناء لا يقاس عليه ولا يتوسع فى تفسيره، وقد استقر قضاء محكمة النقض على أن "الشريعة الإسلامية هى - على ما جرى به قضاء هذه المحكمة - القانون العام الواجب التطبيق فى

---

(٢٤٩) راجع حسام الاهوانى - السابق ص٢٣٥.

مسائل الأحوال الشخصية بالنسبة للمصريين غير المسلمين المختلفى الطائفة أو الملة".(٢٥٠)

وأن "المستقر فى قضاء هذه المحكمة ان الشريعة الإسلامية هى شريعة القانون العام ، بمعنى أنها تختص اصلا بحكم علاقات الأسرة بالنسبة للمسلمين وغيرهم ، وأن الشرائع الاخرى تختص بصفة استثنائية وعند توافر شروط معينة بحكم هذه العلاقات" والعبارة الاخيرة واردة بذات الحكم الذى ننتقده.

ويستفاد مما تقدم أن تطبيق الشريعة الإسلامية على غير المسلمين مختلفى الطائفة أو الملة هو قاعدة عامة وليس استثناء ولذلك فان نص المادة ٩٩/ ٧ الخاص بالدينونة بوقوع الطلاق هو نص استثنائى من القاعدة العامة وهى تطبيق الشريعة الإسلامية ، ولذلك فلا يجوز القياس على هذا النص أو التوسع فى تفسيره كما فعلت محكمة النقض وكما سايرها فى ذلك بعض الفقه.

٣- أن محكمة النقض قد أسرفت الى حد بعيد فى عبارات حكمها فى المساواة بين الطلاق بحكم المحكمة والطلاق بالارادة المنفردة وذلك فى دفاعها عن التناقض بين إجازة الطلاق بالارادة المنفردة للزوج المسيحى وحظر تعدد الزوجات بالنسبة له ايضا ، فقالت أن "هناك توافقا فى النتيجة رغم تغاير الوسيلة" ، وهذا الذى تقوله المحكمة من المساواة بين التطليق بحكم المحكمة وبين الطلاق بالارادة المنفردة فيه نظر ، فالطلاق بالارادة المنفردة حين ترفع دعوى باثباته امام المحكمة - وهو المثال الذى ذكرته محكمة النقض - لا يستوى مع التطليق بحكم المحكمة ، ففى الحالة الاولى ليس للمحكمة سلطة سوى التحقق من وجوب تطبيق الشريعة الإسلامية على

(٢٥٠) نقض ١٩٦٨/٢/١٤ فى الطعن رقم ٨ لسنة ٣٦ ق - مجموعة س ١٩ ص ٢٩٣.

المنازعة ، فإذا تبين لها ذلك فانها تحكم بثبوت الطلاق من تاريخ وقوعه ولا تملك أى سلطة تقديرية فى الحكم بالطلاق أو عدم الحكم به ، أما فى الحالة الثانية - حالة دعوى التطليق التى ترفع استنادا للشريعة الخاصة - فان المحكمة يكون لها سلطة التحقق من وجود حالة من الحالات التى تجيز فيها الشريعة الخاصة الحكم بالتطليق فإذا لم يتحقق لها وجود حالة من هذه الحالات فانها ترفض الدعوى وعلى فرض انها حكمت بالتطليق فإن حكمها هذا يكون منشئا للطلاق لا كاشفا له فيستند الطلاق الى وقت صدور الحكم بعكس الحال فى حالة الطلاق بالارادة المنفردة التى يستند فيها الطلاق لوقت صدوره من الزوج وليس لوقت صدور الحكم بإثبات الطلاق.

٤- أن وجاهة الاعتبارات التى اوردتها محكمة النقض عند وضعها للمبدأ سالف الذكر لا تنفى أنها قد تجاوزت حدود سلطتها فى التحقق من تطبيق القانون تطبيقا صحيحا وأنشأت قيدا عاما جديدا على تطبيق أحكام الشريعة الإسلامية بالنسبه لغير المسلمين مختلفى الملة أو الطائفة على نحو لا تحتمله نصوص القانون إذ لا يندرج ما قامت به المحكمة تحت تفسير القانون على اى نحو ، وأن ما قررته المحكمة كان فى حاجة لتعديل تشريعى.

ولذلك فاننا رغم تسليمنا بالاعتبارات التى قالت بها المحكمة فى حكمها فاننا نرى أن التطبيق الصحيح لنصوص القانون لا يحول دون تعدد الزوجات للزوج المسيحى فى حالة تطبيق الشريعة الإسلامية على المنازعة وإن كنا ننادى بوضع نص تشريعى يحظر ذلك على غرار نص المادة ٧/٩٩ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية فيما يخص سماع دعوى الطلاق.

ثانيا: الشكل الدينى للزواج:

عادت محكمة النقض الى تطبيق المبدأ العام الذى وضعته وهو عدم تطبيق الشريعة الإسلامية إذا تصادمت مع أحد المبادئ المتصلة بجوهر العقيدة المسيحية وذلك فيما يتعلق بالشكل الدينى للزواج وذلك فى واحد من احدث أحكامها(٢٥١) وخلاصة الدعوى أن شقيقة المتوفاة كانت تستهدف اثبات ان زواج شقيقتها لم يكن صحيحا طبقا للشريعة الإسلامية التى تحكم النزاع رغبة فى حرمان زوجها من الارث ، فجاء بحكم النقض "حيث أن الطاعنة تنعى على الحكم المطعون فيه الخطأ فى تطبيق القانون وفى بيان ذلك تقول أنه يلزم تحقق العلانية حتى يعتبر عقد الزواج صحيحا شرعا طبقا للراجح فى المذهب الحنفى الذى يحكم واقعة زواج المطعون ضده بشقيقتها المتوفاة بحسبانهما مختلفى الطائفة ، وكان هذا العقد لم يشهد عليه سوى إمرأة واحدة ، فانه يكون غير مستوف لشروط صحته ، وكان الحكم المطعون فيه قد خالف هذا النظر وطبق أحكام الشريعة الخاصة فى هذا الشأن فانه يكون معيبا بما يستوجب نقضه".

"وحيث أن هذا النعىغير سديد ذلك ان من المقرر فى قضاء هذه المحكمة أن مفاد المادتين ٦ ، ٧ من القانون رقم ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥ بشأن الغاء المحاكم الشرعية والملية والمادة ٢٨٠ من اللائحة الشرعية أن أحكام الشريعة الإسلامية باعتبارها الشريعة العامة هى الواجبة التطبيق فى منازعات الأحوال الشخصية التى تقوم بين الزوجين المسيحيين إذا اختلفا طائفة أو ملة ، وأن المقصود بالخضوع للشريعة الإسلامية أن تكون أحكامها الموضوعية التى يخضع لها المسلم دون أحكام الشريعة الخاصة هى الواجبة

---

(٢٥١) نقض ٨/ ١/ ١٩٩٦ فى الطعن رقم ٨٩ لسنة ٦٢ ق - لم ينشر بعد.

التطبيق ، إلا أنه لا محل لإعمال هذه القواعد الموضوعية فى الشريعة العامة فيما يتعلق بطبيعة زواج المسيحى التى تختلف عن زواج المسلم ، إذا تصادمت مع إحدى المبادئ المتصلة بجوهر العقيدة الدينية والتى تعد مخالفة المسيحى لها مروقا عن ديانته وانحرافا عن عقيدته وخرقا لمسيحيته طالما لا تنطوى مبادئ الشريعة الخاصة على ما يتجافى وقواعد النظام العام فى مصر، وتعتبر من الاصول الاساسية فى الديانة المسيحية خاصة الارثوذكس اعتبار الزواج من المقدسات وأنه سر من اسرار الكنيسة ومفاد نص المادة ١٥ من مجموعة الاقباط الارثوذكس الصادرة سنه ١٩٣٨ والمادة الاولى من لائحة الزواج والطلاق الخاصة بالروم الارثوذكس الصادرة فى ١٥/ ٣/ ١٩٣٧ والمعدلة فى فبراير سنة ١٩٤٠ - وهما الطائفتان اللتان ينتمى اليهما كل من المورثة وزوجها المطعون ضده - أن الزواج لدى الطائفتين المذكورتين نظام دينى يجب أن يتم علنا وفقا للطقوس الدينية المرسومة وبعد صلاة الاكليل باعتبار أن الصلاة هى التى تحل كلا من الزوجين للآخر وإلا كان الزواج باطلا كشأن سائر الشرائع المسيحية فى مصر ، وتوثيقه على يد الموثق المختص طبقا للقانون رقم ٦٢٩ لسنة ١٩٥٥ ليس شرطا لازما لصحة العقد وإنما من قبيل اعداد الدليل لاثباته ، لما كان ذلك وكان الثابت من الاوراق أن عقد زواج المطعون ضده بزوجته المتوفاة قد تم بكنيسة الروم الارثوذكس على يد كاهن تلك الكنيسة ، وإذ إعتد الحكم المطعون فيه بهذا الزواج ، فإنه لا يكون قد أخطأ فى تطبيق القانون".

ويستفاد من حكم محكمة النقض سالف الذكر أنه لا يجوز تطبيق الشريعة الإسلامية فيما يمس بالشكل الدينى للزواج فى الشريعة المسيحية حتى ولو اختلف الزوجان ملة أو طائفة وهو ما يتصور فى حالتين:

الاولى: أنه يكفى وفقا للشريعة الإسلامية أن ينعقد الزواج بايجاب وقبول فى حضور شاهدين ودون حاجة لشكل معين ، فإذا كان الزوجان مسيحيين مختلفين فى الملة أو الطائفة فإنه لا يجوز - وفقا لحكم محكمة النقض - أن ينعقد بينهما على هذا النحو بل لابد من توافر الشكل الدينى.

الثانية: أنه إذا تحقق الشكل الدينى الذى تطلبته الشريعة المسيحية فإن ذلك يغنى عن تطبيق القواعد التى تخضع لها شهادة الشهود على الزواج فى الشريعة الإسلامية طالما تحقق الشكل الدينى للزواج الذى تطلبته الشريعة المسيحية.

الباب الثانى

قواعد الأحوال الشخصية فى الشرائع الخاصة بغير المسلمين (الزواج وما يتصل به)

تمهيد وتقسيم

تقتضى الطبيعة المركزة لهذا المؤلف أن نتناول من شرائع غير المسلمين أكثرها تطبيقا فى العمل ، ولذلك فإننا سوف نتناول أحكام الشريعة اليهودية بشكل عابر ومجمل اما بالنسبة للشرائع المسيحية فان الاهتمام الاكبر سوف ينصب على شريعة الاقباط الارثوذكس دون غيرها من الطوائف الارثوذكسية المصرية لأن الطائفة الاولى تمثل السواد الاعظم من الارثوذكس بل ومن المسيحيين فى مصر ، وستكون دراستنا لها ذات طابع عملى ونقصد بذلك أننا سنركز على مجموعة ١٩٣٨ طالما أن قضاء محكمة النقض قد استقر على اعتبارها من قبيل العرف الملزم واجب التطبيق بخلاف مجموعة ١٩٥٥ ، وسوف نهتم ايضا بدراسة شريعة المذهب الكاثوليكى الموحدة للكاثوليك الشرقيين والمتمثلة فى الارادة الرسولية الصادرة من البابا بيوس الثانى عشر ، أما دراسة القواعد الخاصة بالانجيليين فسوف تكون من خلال قانون الأحوال الشخصية لهذه الطائفة السابق الاشارة اليه.

أما عن خطة الدراسة فلن تخالف ما جرى عليه الفقه فى هذا الشأن لان خطة الدراسة هنا يمليها المنطق فالزواج تسبقه مقدمات معينة اهمها الخطبة ، ثم ينعقد الزواج بتوافر شروط معينة فاذا انعقد صحيحا تترتب عليه

آثار معينة ، وقد يتعرض الزواج للانحلال بعد انعقاده وانتاج آثاره وبذلك سنتناول للزواج وما يتصل به من خلال الفصول التالية.

الفصل الأول : الخطبة

الفصل الثانى : انعقاد الزواج.

الفصل الثالث : آثار الزواج.

الفصل الرابع : انحلال الزواج.

ولكننا سنتناول فى البداية التعريف بالزواج وخصائصه فى شرائع غير المسلمين.

التعريف بالزواج وخصائصه فى شرائع غير المسلمين (٢٥٢)

يعرف بعض الفقهاء الزواج فى الشريعة المسيحية بانه "عقد بمقتضاه يتفق رجل وامرأة على أن يرتبطا من أجل المعيشة المشتركة بينهما ، ومن أجل ان يتبادلا المعونة والرعاية لخيرها المشترك ، وذلك فى حدود ما يقضى به القانون" بينما يعرفه البعض الآخر بانه "ارتباط الرجل والمرأة ارتباطا يقصد منه انشاء اسرة ارتباطا يقره القانون ويرتب عليه آثارا قانونية ، لما له من طابع اخلاقى ومن أهمية اجتماعية".(٢٥٣)

ويلاحظ ان التعريف الاول يعطى للزواج طابعا عقديا بينما يركز التعريف الثانى على اعتباره نظاما قانونيا ويبدو أن الراجح فى الفقه اعتبار الزواج مزيجا من العقد والنظام القانوني أو بالاقل عقدا من نوع خاص جدا ،

---

(٢٥٢) راجع تفصيلا - توفيق فرج - السابق ص٣٤٢ وما بعدها - احمد سلامة : الأحوال الشخصية للوطنيين غير المسلمين والاجانب ص٤٠٥ وما بعدها.

(٢٥٣) راجع فى التعريفات المختلفة للزواج فى شرائع غير المسلمين - توفيق فرج - السابق ص٣٤٢.

فهو يقوم على التراضى إذ لا يمكن أن يقوم الزواج الا برضا الطرفين ، إلا أن القانون يتدخل بشكل جوهرى فى انشائه وتنظيم آثاره وانحلاله بحيث يمكن القول بصفة عامة أنه بعد توافر الرضا بالزواج فان القانون يتكفل بتنظيم باقى شروط انعقاده وآثاره وإنحلاله ، ويشير بعض الفقه هنا إلى أن تعريف الزواج بأنه عقد أو نظام قانونى لا يغير من جوهره شيئا فعلى اى حال لابد من توافر رضا الطرفين بالزواج حتى تنطبق عليهما الأحكام التى نظمها القانون فى شأن علاقات الازواج وان حرية الطرفين العقدية تنحصر فى هذا الشأن فى قبول الزواج أو رفضه.(٢٥٤)

ونميل مع بعض الفقه إلى أنه "أيا كان الامر فى تحديد طبيعة الزواج فى الأنظمة المدنية فاننا نعتقد أن الطبيعة التعاقدية للزواج لا تأتى - فى التنظيم المسيحى الشرقى - إلا فى المرتبة الثانية. أما المرتبة الاولى فهى أن الزواج يعتبر نظاما قانونيا".(٢٥٥)

وقد عرفت مجموعة ١٩٣٨ للاقباط الارثوذكس الزواج بانه "سر مقدس يثبت بعقد يرتبط به رجل وامرأة ارتباطا علنيا طبقا لطقوس الكنيسة القبطية الأرثوذكسية بقصد تكوين اسرة جديدة والتعاون على شئون الحياة"م١٥.

---

(٢٥٤) راجع توفيق فرج ص٣٤٤.
(٢٥٥) أحمد سلامة - السابق ص٤١٠.

ويتصف الزواج فى الشريعة المسيحية بالخصائص التالية:

١- الزواج سر مقدس ذو شكل دينى:[(٢٥٦)]

يعتبر الزواج من المقدسات الدينية لدى جميع الطوائف المسيحية ولكن المذهبين الارثوذكسى والكاثوليكى يذهبان الى ابعد من ذلك إذ يعتبران الزواج اكثر من أن يكون علاقة مقدسة وأن المسيح قد رفعه الى مرتبة السر الإلهى ، وهو لذلك يعتبر من الاسرار السبعة التى ترتكز عليها العقيدة المسيحية ، وهذا ما قررته المجامع الكنسية ، فقد اعلنت ان السر السابع هو سر الزواج الذى يعتبر رمزا لاتحاد المسيح والكنيسة.[(٢٥٧)]

ولما كان الزواج سر مقدس على هذا النحو فلا يجوز ان يتم الا عن طريق الكنيسة ووفقا للطقوس التى تحددها الشريعة المسيحية فلا يكفى مجرد الاتفاق لانعقاد الزواج فى الشريعة المسيحية ، فالشكل الدينى للزواج يعد من الشروط الرئيسية لانعقاده فى الشريعة المسيحية.[(٢٥٨)]

ولذلك نصت المادة ١٥ من مجموعة ١٩٣٨ للاقباط الارثوذكس على أن "الزواج سر مقدس يثبت بعقد يرتبط به رجل وامراة ارتباطا علنيا طبقا لطقوس الكنيسة القبطية الارثوذكسية ......" ونصت المادة ١٥ من الارادة

---

(٢٥٦) راجع توفيق فرج – السابق ص٣٤٥ وما بعدها.

(٢٥٧) توفيق فرج السابق ص٣٤٥ وراجع فى اعتبار الزواج سرا مقدسا ، م١٥ من مجموعة ١٩٣٨ ، م١٤ من مجموعة ١٩٥٥ والمادة ١ من الارادة الرسولية للكاثوليك ، أما البروتستانت فيكتفون باعتبار الزواج علاقة مقدسة وليس سرا إلهيا – توفيق فرج ص٣٤٦.

(٢٥٨) أما فى الشريعة الإسلامية فيعد الزواج من حيث انعقاده نظاما مدنيا حيث يكفى لانعقاده مجرد الايجاب والقبول فى حضور شاهدين ، وإن كانت القواعد التى يخضع لها هى قواعد دينية مستمدة من الشريعة الإسلامية ، فهو من حيث القواعد التى يخضع لها يمكن ان يعتبر نظاما دينيا أما من حيث انعقاده فيعد نظاما مدنيا – حسام الاهوانى – السابق ص٣١٨ وما بعدها.

الرسولية على أنه "لا يصح الزواج إلا إذا عقد برتبة دينية امام الخوري أو الرئيس الكنسى المحلى أو كاهن....." ونصت المادة ١٢ من قانون الإنجيليين على ان "لا يعقد اكليل الزواج إلا القسس المرسومون قانونا أو مرشدو الكنائس الانجيلية الذين يمنح لهم المجلس العمومى الرخصة بذلك"

وقد أكدت محكمة النقض هذه الصفة للزواج المسيحى فى احدث أحكامها وقررت أنه "من الاصول الاساسية فى الديانة المسيحية ..... اعتبار الزواج من المقدسات وانه سر من اسرار الكنيسة ..... وان الزواج ...... نظام دينى يجب ان يتم علنا وفقا للطقوس الدينية المرسومة وبعد صلاة الاكليل باعتبار أن الصلاة هى التى تحل كلا من الزوجين للآخر وإلا كان الزواج باطلا".(٢٥٩)

٢- الوحدة فى الزواج:

لا يجوز للمسيحى ان يتخذ أكثر من زوجة واحدة ولا يجوز ذلك للمرأة ايضا ، فنصت المادة ٢٥ من مجموعة ١٩٣٨ على أنه "لا يجوز لاحد الزوجين أن يتخذ زوجا ثانيا ما دام الزواج قائما" ، ونصت المادة ٢ من الارادة الرسولية على أن "للزواج خاصيتان جوهريتان: الوحدة وعدم القابلية للانحلال" ونصت المادة ٦٠ من قانون الإنجيليين على أن "الزواج هو اقتران رجل واحد بامرأة واحدة ...."

---

(٢٥٩) نقض ٨/ ١/ ١٩٩٦ فى الطعن رقم ٨٩ لسنة ٦٢ ق - لم ينشر بعد.

٣- عدم القابلية للانحلال فى بعض المذاهب:

جرى الفقه فى مجمله على ذكر أن من خصائص الزواج المسيحى عدم القابلية للانحلال(٢٦٠) ، ولكننا رأينا أن قضاء محكمة النقض قد استقر على أن الكاثوليك فقط هم الذين لا يعرفون الطلاق وأن باقى المذاهب تعرفه، إلا أن للفقه عذره فى ذلك إذ أن المسيحية لا تعرف فى جميع مذاهبها الطلاق بالاتفاق أو بالإرادة المنفردة وأن جميع المذاهب المسيحية تحاول التضييق من نطاق الطلاق قدر الامكان.(٢٦١)

ويمكن تعريف الزواج فى الشريعة اليهودية بأنه "ارتباط بين الرجل والمرأة يتم طبقا للقانون بقصدتكوين اسرة" ويمكن القول بان الطابع النظامى يغلب على الطابع العقدى فى الزواج اليهودى ، وتتفق الشريعة اليهودية مع الشريعة المسيحية فى اشتراط الشكل الدينى للزواج(٢٦٢) إلا أن الشريعة اليهودية تسمح بتعدد الزوجات ، كما يجوز الطلاق بالارادة المنفردة للزوج أو

---

(٢٦٠) على سبيل المثال – توفيق فرج – السابق ص٣٥١ ، حسام الاهوانى – السابق ص٣٢٣ ولذلك نرى دقة التعبير بأن "الاصل هو عدم قابلية الزواج للانحلال "جميل الشرقاوى – السابق ص٨٩.

(٢٦١) راجع النصوص التى يستند اليها للقول بعدم قابلية الزواج للانحلال فى الشريعة المسيحية – توفيق فرج – السابق ص٣٥١ وما بعدها.

(٢٦٢) ويتم هذا الشكل عند الربانيين فى خطوات ثلاثة الاولى: تسمية المرأة على الرجل وتقديسها عليه بقبولها ولو بخاتم يعطيه إليها بحضرة شاهدين قائلا بالعبرية: تقدست لى زوجة بهذا الخاتم والثانية: العقد المكتوب ، والثالثة: الصلاة الدينية وكذلك عند القرائين لا ينعقد الا بالتبريك والعلانية فيقوم الرجل باجراءات معينة هى تسليم المهر ثم اشهاد الحاضرين على نفسه بتقديس المرأة لتكون له زوجة على طهارة وقداسة ثم يحرر بذلك وثيقة يوقع عليها من كبار الحاضرين شهودا ولا ينعقد الزواج الا بحضور عشرة رجال على الأقل – راجع تفصيلا توفيق فرج ص٣٥٣ وما بعدها.

بالاتفاق بين الزوجين أو إذا طلبته الزوجة من القضاء للاسباب التى تحددها الشريعة اليهودية وذلك عند الربانيين والقرائين على السواء.(٢٦٣)

ونشير بهذه المناسبة إلى أن الشرائع السماوية جميعها قد اعتنت بتنظيم الزواج عناية خاصة تقديرا لما له من أهمية اجتماعية خاصة ، فحرصت على أن يكون اختلاط الرجل بالمرأة اختلاطا مشروعا عن طريق الزواج ، وحرمت كل علاقة جنسية خارج نطاقه ، وهو ما يضمن تحقق التناسل بشكل يليق بكرامة الانسان ويحفظ للمولود حقه فى النسب ، بحيث تكون العلاقة بين الرجل والمرأة لمصلحة المجتمع وليس لارضاء الغرائز ، إلا أن الشريعة المسيحية رغم اهتمامها بالزواج وتنظيمها له قد فضلت عليه التبتل إذا استطاع الانسان أن يضبط نفسه وشهوته فإذا لم يستطع فليتزوج ، وذلك لأن غير المتزوج يتفرغ لارضاء ربه دون غيره.(٢٦٤)

---

(٢٦٣) راجع تفصيلا فى خصائص الزواج فى الشريعة اليهودية - أحمد سلامة - السابق ص٤١٩ وما بعدها - توفيق فرج - السابق ص٣٥٢ وما بعدها.
(٢٦٤) راجع فى هذا المعنى - توفيق فرج - السابق ص٣٤٠ ، ٣٤١.

الفصل الأول

الخطبة فى شرائع غير المسلمين

المبحث الأول

التعريف بالخطبة

"الخطبة هى وعد متبادل بين ذكر وأنثى لابرام الزواج فى المستقبل بينهما"(٢٦٥) وقد عرفتها المادة ١ من مجموعة ١٩٣٨ للاقباط الارثوذكس بانها "عقد يتفق به رجل وامرأة على الزواج ببعضهما فى أجل محدد".

وللخطبة أهميتها ، باعتبارها مرحلة تمهيدية للزواج ، وهى أكثر أهمية فى الشريعة المسيحية بحيث تقوم العلاقة بين الزوجين على اساس سليم، لأن الزواج إذا تم فليس من السهل انحلاله نظرا لحصر اسباب التطليق فى الشريعة المسيحية بصفه عامة ولأن الزواج غير قابل للانحلال فى المذهب الكاثوليكى.

والخطبة التى نتناولها بالدراسة هنا هى الخطبة الرسمية التى تتم طبقا للاجراءات الدينية التى رسمتها الشرائع المسيحية ، وهى تختلف عن الخطبة البسيطة التى تتم دون اتباع أى اجراءات دينية ، فالتواعد على الزواج الذى لم يستوف الشروط التى تضعها الشريعة الخاصة ، يعتبر خطبة ايضا ، ولكن

---

(٢٦٥) احمد سلامة - السابق ص٤٢٣.

الشرائع الخاصة لا تنظمه ولا تتحدث عن آثاره ، وإذا فيطبق بشأن هذه الآثار القواعد العامة للعقود باعتباره اتفاقا عاديا.(٢٦٦)

وينبغي تمييز الخطبة عن إجراء آخر قد يختلط بها وهو "الإملاك" وهو نوع من التعاقد السابق على الزواج كانت تجريه الكنائس باعتباره مرحلة لازمة من مراحل الزواج ، وقد سمى بالإملاك تمييزا له عن الخطبة وهي الوعد بالزواج.(٢٦٧)

فالإملاك أقرب إلى أن يعد مرحلة من مرحلتى الزواج ومن ثم فكان يترتب عليه الارتباط الروحى(٢٦٨) فهو ليس مجرد خطبة أو وعد بالزواج فهو ينشئ على عاتق الاطراف التزاما باتمام الزواج فى المدة المحددة لذلك ولكنه لم يكن يحل المخالطة الجسدية بين الطرفين ، فتلك المخالطة لا تحل الا بالاكليل ، إذ أن صلاة الاكليل هى التى تحلل الرجال للنساء والنساء للرجال.

وبهذا كان الإملاك عقدا غير قابل للرجوع فيه إلا للأسباب التى تبيح فسخه ، فليس الغرض منه ايجاد فترة من الزمن يختبر فيها كل من الطرفين الآخر ، وإنما كان ينشئ على عاتقهما التزاما باتمام الزواج ، ونظرا لكثرة المشاكل التى نشأت عن عقد الإملاك فقد أمر البطريرك كيرلس الرابع بمنعه، ويلاحظ أن هذا المنع مقصور على القيام بالإملاك كاجراء مستقل عن الاكليل ولهذا فإن الاملاك يمارس الآن عند الزواج فى نفس ليلة الاكليل.(٢٦٩)

---

(٢٦٦) راجع - احمد سلامة - السابق ص٤٢٨ ، وايضا ص٤٥٨ وراجع ايضا حسام الاهوانى - السابق ص٣٤٤ والقواعد العامة فى مسائل الأحوال الشخصية تستمد بطبيعة الحال من الشريعة الإسلامية كما أوضحنا من قبل.

(٢٦٧) توفيق فرج - السابق ص٣٦٨.

(٢٦٨) احمد سلامة - السابق ص٤٢٧.

(٢٦٩) راجع حسام الاهوانى - السابق ص٣٤٣ - ٣٤٤.

المبحث الثانى

انعقاد الخطبة[٢٧٠]

يشترط لانعقاد الخطبة توافر شروط موضوعية وأخرى شكلية:

أولا: الشروط الموضوعية:

وهى: الرضا ، وانعدام المانع ، والسن.

١- الرضا:

لما كانت الخطبة عقد وفقا لنص المادة ١ من مجموعة ١٩٣٨ فلابد لقيامها من تراضى الطرفين ، فتقع الخطبة بإيجاب من أحدهما وقبول من الآخر (م٤ مجموعة ١٩٣٨).

ويشترط فى الرضا أن يكون سليما ، فالغلط فى الشخص الذى من شأنه أن يبطل الزواج يعيب الارادة ايضا بالنسبة للخطبة ،وكذلك الاكراه وبصفة عامة يمكن القول ان عيوب الرضا التى تتصور بالنسبة للزواج قد توجد ايضا بالنسبة للخطبة ، فإذا وجد بالارادة عيب لسبب من الاسباب فيمكن طلب بطلان الخطبة استنادا لذلك[٢٧١]

---

(٢٧٠) راجع تفصيلا - توفيق فرج - السابق ص٣٧٢ وما بعدها ، أحمد سلامة - السابق ٤٢٩ وما بعدها ، حسام الاهوانى - السابق ص٣٤٥ وما بعدها.

(٢٧١) توفيق فرج - السابق ص٣٧٢ ويرى فى ذلك فائدة لا يحققها العدول عن الخطبة إذ أن العدول قد يؤدى لاحتمال مطالبة الطرف الذى يعدل عن الخطبة بالتعويض عن ذلك إذا لم يكن له مبرر بينما يحقق الابطال القضاء علىالخطبة دون إثارة فكرة العدول اطلاقا. ذات المرجع ص٣٧٢ هامش (١).

ويصدر الايجاب والقبول من طرفى الخطبة "فإذا كان أحدهما قاصرا وجب ايضا موافقة وليه على ذلك" (م٤ مجموعة ١٩٣٨).(٢٧٢)

٢- عدم وجود مانع:

نصت المادة ٢ من مجموعة ١٩٣٨ على أنه "لا تجوز الخطبة الا بين من لا يوجد مانع شرعى من زواجهما" ، وذلك لأن الخطبة إنما هى وعد بالزواج فإذا كان هناك مانع من الزواج فإن هذا المانع يقوم ايضا بالنسبة للخطبة(٢٧٣) وسوف نتحدث تفصيلا فيما بعد فى موانع الزواج.

٣- السن:(٢٧٤)

تنص المادة ٣ من مجموعة ١٩٣٨ على أنه "لا تجوز الخطبة إلا إذا بلغ سن الخاطب سبع عشرة سنة والمخطوبة خمس عشرة سنة ميلادية كاملة" والحكمة من اشتراط بلوغ سن معينة لصحة انعقاد الخطبة هى أهمية الزواج التى تستلزم أن يكون الراغبان فى الزواج فى سن تسمح لهما بتفهم أهمية الزواج وإدراك أحوال الطرف الآخر بصفة مبدئية.(٢٧٥)

---

(٢٧٢) نصت المادة ١٩ من مجموعة ١٩٣٨ على أنه "يجوز لمن بلغ سنه إحدى وعشرين سنة ميلادية كاملة رجلا كان أو امرأة أن يزوج نفسه بنفسه" فسن الولاية على النفس فى الشريعة القبطية الارثوذكسية هو ٢١ سنة ميلادية.

(٢٧٣) توفيق فرج ص٣٧٥.

(٢٧٤) راجع تفصيلا - توفيق فرج - السابق ٣٧٦ وما بعدها.

(٢٧٥) حسام الاهوانى - السابق ص٣٤٧ ، ولم تحدد الارادة الرسولية سنا معينا للخطبة وان كانت قد حددت سنا معينا للزواج هو ستة عشر للشاب وأربعة عشر سنة للفتاة م٥٧ كذلك لم يحدد قانون الإنجيليين سنا للخطبة وحدد سنا للزواج هو ستة عشر سنة للشاب وأربعة عشر للفتاة(م١٠) وقد صدر قرار المجلس الملى الانجيلى العام بتاريخ ١٠ ديسمبر سنه ١٩٣٠ بجعل هذه السن ثمانية عشر سنه للشاب وستة عشر سنة للفتاة - راجع إشارة الى ذلك - فتيحة قرة - تشريعات الأحوال الشخصية ص٤٠٢.

ثانيا: الشروط الشكلية:[٢٧٦]

لا يكفى لقيام الخطبة أن يتراضى الطرفان اللذان بلغا السن التى تستلزمها القواعد الكنسية للطوائف المختلفة إذا لم يكن لديهما مانع من الزواج، وإنما لابد كذلك من توافر شكل معين تفرغ فيه الخطبة حتى يمكن أن تخضع للقواعد الخاصة بها فى الشرائع الطائفية المختلفة.[٢٧٧]

فيجب أن تتم الخطبة فى شريعة الاقباط الارثوذكس على يد كاهن من كهنة الكنيسة القبطية الارثوذكسية ، يقوم باثباتها فى وثيقة خاصة وعليه قبل تحرير هذه الوثيقة التحقق من بيانات معينة هى شخصية الخطيبين ومن رضائهما بالخطبة ، ويتحقق ايضا من عدم وجود مانع شرعى من زواجهما سواء من جهة الدين أو القرابة أو المرض أو وجود زواج سابق ويتحقق أخيرا من أن الطرفين سيبلغان السن التى يباح فيها الزواج شرعا عند انتهاء الميعاد المحدد لزواجهما فى عقد الخطبة (م٦ من مجموعة ١٩٣٨) ويجب ان تشتمل الوثيقة على بيانات محددة ذكرتها المادة ٥ من المجموعة[٢٧٨]

---

(٢٧٦) راجع تفصيلا – توفيق فرج – السابق ص٣٨٠ وما بعدها.

(٢٧٧) غنى عن البيان ان الخطبة فى الشريعة الإسلامية لا تخضع لاى اجراءات شكلية فيكفى لها مجرد التراضى.

(٢٧٨) وهذه البيانات هى:

١ – اسم كل من الخاطب والمخطوبة ولقبه وسنه وصناعته ومحل اقامته.

٢– اسم كل من والدى الخطيبين ولقبه وصناعته ومحل اقامته وكذلك اسم ولى القاصر من الخاطبين ولقبه ومحل اقامته.

٣– اثبات حضور كل من الخاطبين بنفسه أو حضور الولى إن كان بينهما قاصرا ورضاء كل من الطرفين بالزواج.

٤– اثبات حضور شاهدين على الأقل مسيحيين راشدين وذكر اسم كل من الشهود وسنه وصناعته ومحل اقامته.

٥– اثبات التحقق من خلو الخاطبين من موانع الزواج الشرعية.

٦– الميعاد الذى يحدد لعقد الزواج.

٧– قيمة المهر وشروط وفائه إذا حصل الاتفاق على مهر.

ويوقع على هذه الوثيقة كل من الخاطب والمخطوبة وولى القاصر منهما والشهود ومن الكاهن الذى حصلت على يده الخطبة ثم يتلوها الكاهن على الحاضرين وتحفظ بعد ذلك فى مجلد خاص بدار البطريركية اوالمطرانية اوالاسقفية التى حصلت الخطبة فى دائرتها (م٥)[٢٧٩]

(٢٧٩) ويلاحظ انه بعد الغاء جهات القضاء الملية صدر القانون رقم ٦٢٩ لسنة ١٩٥٥ معدلا القانون رقم ٦٨ لسنة ١٩٤٧ بشأن التوثيق ونص فى مادته الثالثة على أن "تلغى اقلام التوثيق بالمحاكم الشرعية ، كما تلغى عملية التوثيق بالمجالس الملية وتحال الى مكاتب التوثيق جميع المضابط والسجلات والدفاتر المتعلقة بها" ، كما نص فى مادته الاولى على تعديل المادة ٣ من القانون ٦٨ لسنة ١٩٤٧ فصارت بعد التعديل على النحو التالى" تتولى المكاتب توثيق جميع المحررات فيما عدا عقود الزواج واشهادات الطلاق والرجعة والتصادق على ذلك الخاصة بالمصريين المسلمين والمصريين غير المسلمين المتحدى الطائفة والملة ، ويتولى توثيق عقود الزواج والطلاق بالنسبة الى المصريين غير المسلمين والمتحدى الطائفة والملة موثقون منتدبون يعينون بقرار من وزير العدل ، ويضع الوزير لائحة تبين شروط التعيين فى وظائف الموثقين المنتدبين واختصاصاتهم وجميع ما يتعلق بهم".

ومن هذا النص نرى أن المشرع تكلم عن توثيق الزواج والطلاق فقط بالنسبة لغير المسلمين المتحدين فى الطائفة والملة وجعله من اختصاص الموثقين المنتدبين ، ولم يتكلم عن الخطبة ، ومعنى ذلك أن الموثقين المنتدبين - وهم ايضا من رجال الدين - ليس لهم اختصاص بتوثيق الخطبة أو العدول عنها ويؤكد ذلك ان المادة ١٥ من قرار وزير العدل بلائحة الموثقين المنتدبين تنص على انه "لا يجوز للموثق المنتدب أن يوثق غير عقود الزواج والرجعة والطلاق والتصادق على ذلك الخاصة بالاشخاص المصريين المتحدى الطائفة والملة التابعين للجهة الدينية التى يقوم بالتوثيق لها" وعلى ذلك فتوثيق الخطبة والعدول عنها لا يزال من اختصاص الكاهن فهو الذى يتولى تحريرها واثباتها فى دفتر خاص كما يتولى اثبات العدول عنها ، ويكفى لذلك اثباته فى محضر يحرره ويؤشر بمقتضاه على العقد المثبت للخطبة ، ويلاحظ أن الموثق المنتدب يكون من رجال الدين إلا أنه يباشر الإختصاصات التى اعطاها له القانون بصفته موثقا منتدبا وليس رجل دين اما فيما يتعلق بتوثيق الخطبة أو العدول عنها فانه يقوم بذلك بصفته من رجال الدين وليس بصفته موثقا منتدبا ، ولا شأن له بطبيعة الحال بالمسائل التى تثور بمناسبة العدول عن الخطبة مثل التعويض ورد ما أخذ من الهدايا أو الشبكة أو المهر فهذه جميعا تدخل فى الإختصاص القضائى للمحاكم - راجع تفصيلا - توفيق فرج - السابق ص٤٣٥ وما بعدها.

كما نصت المادة ٦ من الارادة الرسولية للكاثوليك على أن الوعد بالزواج - الخطبة - يكون باطلا ما لم يتم امام أحد رجال الدين الذين حددتهم(٢٨٠) ، والذى يلتزم بتدوين الخطبة فى سجل خاص بذلك.

كما نصت المادة الثانية من قانون الإنجيليين على أن الخطبة "تتم بحصول اتفاق بين ذكر وأنثى راشدين على عقد الزواج بينهما بالكيفية والشروط المعروفة فى باب عقد الزواج كما سيأتى وتثبت الخطبة بكتابة محضر ممضى بشهادة شاهدين على الأقل"(٢٨١)

(٢٨٠) الخورى أو الرئيس الكنسى المحلى أو الكاهن.

(٢٨١) ولا يتضح من هذا النص إذا كان من اللازم أجراء الخطبة امام رجل الدين وإن كان قد يفهم من عبارة أن الخطبة تتم بالكيفية والشروط المعروفة فى باب عقد الزواج أنه يلزم أجراؤها امام رجل الدين ، لان الزواج لدى الإنجيليين لا يعقده الا القسس المرسومون قانونا او مرشدو الكنائس الانجيلية المرخص لهم بذلك (م١٢ من نفس القانون) راجع توفيق فرج ص٣٨٥.

المبحث الثالث

الاعلان عن الخطبة(٢٨٢)

توجب التشريعات المسيحية النشر والاعلان عن الخطبة من أجل إشهار ما قرره الخاطبان من رغبتهما فى ابرام عقد الزواج بينهما فى المستقبل ، حتى يتنبه الناس إلى ذلك ، وحتى يتمكن من يعلم بوجود مانع للزواج أن يفصح عن هذا المانع ، ولكى يتمكن من له اعتراض على الزواج أن يبدى ما لديه من اعتراض ، إلا أن هذا الاعلان ليس من الاجراءات الشكلية اللازمة لانعقاد الخطبة والتى ذكرناها سابقا وقد نصت المادة ٨ من مجموعة ١٩٣٨ للاقباط الارثوذكس على أن "يحرر الكاهن الذى باشر عقد الخطبة ملحقا منه فى ظرف ثلاثة ايام من تاريخ حصوله ويعلقه على كنيسته وإذا كان الخاطبان أو أحدهما مقيمين خارج دائرة هذه الكنيسة ترسل نسخة منه الى كاهن الكنيسة التى يقيم كل من الخاطبين فى دائرتها لتعليقه على بابها ويبقى الملخص معلقا قبل الزواج مدة عشرة ايام تشتمل على يومى أحد"(٢٨٣) وتتضمن شريعة الكاثوليك أحكاما مشابهة.(٢٨٤)

---

(٢٨٢) راجع تفصيلا - توفيق فرج - السابق ص٣٨٦ وما بعدها ، احمد سلامة السابق ص٤٤٦ وما بعدها.

(٢٨٣) فإذا لم يتم الزواج خلال سنة من تاريخ انقضاء ميعاد العشرة الايام المنصوص عليها فى المادة السابقة فلا يجوز حصوله الا بعد تعليق جديد يعمل بالطريقة المتقدم ذكرها(م٩).

(٢٨٤) نصت المادة ١٤ من الارادة الرسولية على أنه "يجب ان تجرى المناديات فى الكنيسة على ثلاث مرات متوالية بين أحد وعيد مفروض ، اثناء اقامة فروض إلهية يقصدها عدد كبير من الشعب" والمادة ١٥ على أنه "للرئيس الكنسى المحلى فى مكان ولايته ان يستعيض عن المناديات بعرض اسماء طالبى الزواج علانية على ابواب الكنيسة الرعوية أو غيرها من الكنائس لمدة لا تقل عن ثمانية ايام بشرط أن يتخلل هذه المدة عيدان من الاعياد المفروضة".

وطالما أن الإعلان ليس من الاجراءات الشكلية للخطبة فإنه يجوز الاعفاء منه فى بعض الحالات لاسباب مختلفة كما إذا خيف منع اتمام العقد بغير حق او خشية الكيد أو الفضيحة أو إذا لم يكن من ورائه فائدة كما إذا كان الطرفان غير معروفين فى الجهة التى يتعين فيها الاعلان.(٢٨٥) ولذلك فقد نصت المادة ١٠ من مجموعة ١٩٣٨ على أنه "يجوز لاسباب خطيرة للرئيس الدينى (الاسقف أو المطران) فى الجهة التى حصلت الخطبة فى دائرتها أن يعفى من التعليق المنصوص عليه فى المادتين السابق ذكرهما"(٢٨٦) وتنص المادة ١٨ من الإرادة الرسولية على حكم مشابه.(٢٨٧)

وكما سبق القول فان الاعلان يستهدف اتاحة الفرصة لمن يعلمون بوجود مانع من الزواج بالابلاغ عن ذلك وقد نصت المادة ١٧ من الارادة الرسولية على أنه "يتحتم على جميع المؤمنين قبل عقد الزواج أن يكشفوا للخورى أو الرئيس الكنسى المحلى عما قد يقفون عليه من موانع".

إلا أن الالتزام بالكشف عن الموانع قد يسقط فى حالات معينة خاصة إذا كان على الشخص التزام بالسكوت وكتم السر ، كالكاهن الذى يعلم بالسر عند الاعتراف له بالذنب أو مثل المحامى أو الطبيب الذى علم بالسر بسبب مهنته ، كما يعفى من الكشف عن المانع إذا كان الكشف عنه مؤديا الى

---

(٢٨٥) راجع توفيق فرج - السابق ص٣٩٠.
(٢٨٦) وتستعمل مجموعة ١٩٥٥ عبارة (عند الضرورة) بدلا من عبارة (اسباب خطيرة)
(٢٨٧) تنص المادة ١٨ من الارادة الرسولية على أنه "يحق للرئيس الكنسى المحلى الخاص حسب فطنته أن يفسح (أى أن يعفى من) .... المناديات لسبب مشروع"

اضرار جسيمة أو معنوية تجاوز بكثير الاضرار التى تترتب على عدم كشف المانع.(٢٨٨)

كما يستهدف الاعلان ايضا اتاحة الفرصة للاعتراض على الزواج وهى مسألة أخرى غير الكشف عن الموانع ، ذلك أنه إذا كان الالتزام بالكشف عن الموانع التزاما عاما يقع على كافة المؤمنين ، فإن الاعتراض على الزواج إنما هو وسيلة تعطى لذى المصلحة فقط.(٢٨٩)

وقد نصت المادة ٢٩ من مجموعة ١٩٣٨ على أن "يكون للاشخاص الآتى ذكرهم حق المعارضة فى الزواج:

(أ) من يكون زوجا لاحد المتعاقدين.

(ب) الأب وعند عدمه أو عدم امكانه ابداء رغبته يكون حق المعارضة للجد الصحيح ثم للام ثم للجد لأم ثم لباقى الأقارب المنصوص عليهم فى المادة ١٦٠ بحسب الترتيب الوارد فيها وتقبل المعارضة ولو تجاوز المتعاقد سن الرشد.

(جـ) الولى الذى يعينه المجلس الملى (محكمة الأحوال الشخصية حاليا) طبقا للمادة ١٦٠"(٢٩٠)

---

(٢٨٨) راجع توفيق فرج ص٣٩١ ، ٣٩٢ ، وإن كان السكوت لا يعفى هؤلاء الاشخاص من الواجب الدينى بنصح الخاطبين ومحاولة ارجاعهما عن اتمام الزواج دون كشف السر - توفيق فرج ص٣٩٣.

(٢٨٩) توفيق فرج ص ٣٩٣.

(٢٩٠) تنص المادة ١٦٠ المذكورة على أن "الولاية على نفس القاصر شرعا هى للأب ثم لمن يوليه الاب بنفسه قبل موته ، فإذا لم يول الأب أحدا فالولاية من بعده للجد الصحيح ثم للام مادامت لم تتزوج ثم للجد لام ثم للارشد من الاخوة الاشقاء ثم من الاخوة لاب ثم من الاخوة لام ثم من الاعمام ثم من الاخوال ثم من ابناء الاعمام ثم من ابناء الأخوال ثم من ابناء العمات ثم من ابناء الخالات ، فإذا لم يوجد ولى من الاشخاص المتقدم ذكرهم يعين المجلس وليا من باقى الاقارب أو غيرهم (وتحل محكمة الأحوال الشخصية محل المجلس-

وتحصل المعارضة فى ظرف العشرة الايام المنصوص عليها فى المادة الثانية (مدة النشر والاعلان عن الخطبة) بتقرير يقدم الى الرئيس الدينى المختص ويجب أن يشتمل على اسم المعارض وصفته والمحل الذى اختاره بالجهة المزمع عقد الزواج فيها والأسباب التى يبنى معارضته عليها والتى يجب أن لا تخرج عن الموانع المنصوص عليها فى الفصل الثالث من هذا الباب (أى موانع الزواج التى نصت عليها المجموعة) وإلا كانت المعارضة لاغيه" (م٣٠ مجموعة ١٩٣٨).

وترفع المعارضة الى المجلس الملى المختص (محكمة الأحوال الشخصية حاليا) فى خلال ثلاثة ايام من تاريخ وصولها للفصل فيها بطريق الاستعجال ولا يجوز عقد الزواج إلا إذا قضى فى المعارضة برفضها نهائيا. (م٣١ مجموعة ١٩٣٨).[٢٩١]

=الملى حاليا) راجع توفيق فرج ص٣٩٤ - ويلاحظ أن هذه المادة يعمل بحكمها فيما يتعلق بالولاية على النفس اما الولاية على المال فقد سبق ان ذكرنا أنها تخضع لأحكام موحدة بالنسبة لجميع المصريين.

(٢٩١) تستعمل مجموعة ١٩٨٣ لفظ "المعارضة" وهو لفظ غير دقيق لان لفظ المعارضة ينصرف معناه فى القانون الى طريقة من طرق الطعن فى الأحكام الغيابية ولذلك يبدو ان لفظ الاعتراض الذى يستخدمه الفقه ادق فى هذا الشأن.

المبحث الرابع

العدول عن الخطبة(٢٩٢) (٢٩٣)

الخطبة وضع مؤقت ينتهى أما بالزواج وأما بالعدول عنها وعدم اتمام الزواج إذ قد لا يتحقق الغرض الذى شرعت الخطبة من أجله وهو التوافق والتفاهم بين الزوجين المستقبلين ، ولذلك تسمح الشرائع المسيحية بالعدول عن الخطبة بالارادة المنفردة ولا يجوز رفع دعوى بالمطالبة بإتمام الزواج حتى ولو كانت الخطبة صحيحة وتمت فى الشكل الذى تتطلبه القواعد الخاصة بشريعة الطرفين.(٢٩٤)

ولذلك فقد نصت المادة ١٢ من مجموعة ١٩٣٨ للاقباط الأرثوذكس على أنه "يجوز الرجوع فى الخطبة باتفاق الطرفين او بإرادة احدهما فقط ويصير إثبات ذلك فى محضر يحرره الكاهن ويضم إلى عقد الخطبة".

---

(٢٩٢) راجع تفصيلا - توفيق فرج - السابق ص٢٥٦ وما بعدها ، ويتناول هذا الموضوع تحت عنوان "آثار الخطبة" ويبدو لنا أن الخطبة فى حد ذاتها ليست لها اية آثار من الناحية القانونية ، ويعبر عن ذلك فقهاء الشريعة الإسلامية بان الخطبة لا تحل حراما ولا تحرم حلالا ، فالخطبة هى وضع مؤقت ينتهى إما بالزواج وهنا تكون الآثار مترتبة على الزواج وليس على الخطبة ، وإما بالعدول عنها وهنا لا يكون للخطبة وجود على أى نحو فلا يتصور وجود آثار لها.

(٢٩٣) نتناول هنا العدول بالتفصيل لانه اهم اسباب انقضاء الخطبة من الناحية العملية ونذكر بايجاز الاسباب الاخرى لانقضاء الخطبة وهى: ١- وجود سبب من الاسباب المانعة من الزواج (م١١ مجموعة ٣٨) ٢- الرهبنة (م١١ مجموعة ٣٨) ٣- الوفاة وهى سبب بديهى طبيعى لاحاجة لايضاحه ، وقد نصت المادة ١٤ من مجموعة ١٩٣٨ على أنه "إذا توفى الخاطب قبل الزواج فلورثته استرداد المهر أو ما اشترى به من جهاز وإذا توفيت المخطوبة فللخاطب أن يسترد المهر أو ما اشترى به من جهاز أما الهدايا فلا ترد فى الحالتين ، غير أنه إذا لم يحصل الاتفاق على مهر وإنما قدمت هدية للتقوم مقام المهر فيكون حكمها حكم المهر".

ونصت المادة ٥ من قانون الإنجيليين على أنه "إذا مات أحد الخطيبين وكانت الخطبة تمت بصفة رسمية فللخطيب الأخر أن يسترجع ما اعطاه للمتوفى من مهر أو هدية ما عدا ما استهلك بشرط رد ما يكون أخذه من المتوفى".

(٢٩٤) راجع توفيق فرج - السابق ص٣٩٥ ، ٣٩٦.

كما نصت المادة ١٣ منها علــى أنــه "إذا عـدل الخـاطب عـن الخطبـة بغير مقتض فلا حق له فى استرداد ما يكون قد قـدم مـن مهـر أو هدايـا وإذا عدلت المخطوبة عن الخطبة بغير مقتض فللخاطب أن يسترد ما قدمه لها مـن المهر أو الهدايا غير المستهلكة هذا فضلا عما لكل من الخاطبين من الحق فى مطالبة الآخر أمام المجلس الملى بتعويض عن الضرر الذى لحقـه مـن جـراء عدوله عن الخطبة".

ونصت المادة ٣/٦ من الارادة الرسولية للكاثوليك على أنه "لا دعوى للمطالبة بعقد الزواج بناء على الوعد به بل لتعويض الاضرار إن وجب".

ونصـت المـادة ٣ مـن قـانون الإنجيليـــن علـى أنــه "إذا عــدل أحـد الخطيبين عن عقد الزواج بعد الخطبة بدون سبب كاف حكمـت عليـه السـلطة المختصة بالتعويضات ويخصم من التعويضات المذكورة ما يكون قد دفع نقدا من احد الخطيبين وأما الهدايا العينية فتضيع على الناكث وتبقى للآخر".

ويتضح من النصوص سالفة الذكر ان العدول عـن الخطبـة جـائز ولا يجوز باى حال الإجبار على اتمام الزواج ، إلا أن هذه النصوص قد واجهت ايضا مسألتين هامتين هما جواز التعويض عن الأضرار التى تصيب الطـرف الأخر فى حالة العدول ومصير المهر والهدايا والشبكة وهما المسـألتان اللتـان سنتناولهما ، فنستعرض اولا موقف الشرائع المسيحية منها ثم موقـف محكمـة النقض.

موقف الشرائع المسيحية من مسألة التعويض عن العدول:

استعملت المادة ١٣ من مجموعة ١٩٣٨ عبارة "..... هذا فضلا عما لكل من الخطيبين من الحق فى مطالبة الآخـر امـام المجلـس الملـى بتعويـض

عن الضرر الذى لحقه من جراء عدوله عن الخطبة" ، ويتضح من هذا النص أن العدول فى حد ذاته يعد موجبا للتعويض إذا ترتب عليه ضرر ، فإذا ترتب على مجرد العدول عن الخطبة ضرر للطرف الآخر وجب التعويض ، إلا أنه يلاحظ ان المادة ١٣ من مجموعة ١٩٣٨ تتحدث عن عدول الخاطب عن الخطبة بغير مقتض فيشترط توافر الخطأ فى حق الطرف الذى عدل عن الخطبة ويتمثل هذا الخطأ فى أن العدول قد تم بغير مقتض ، ويستفاد بمفهوم المخالفة أنه إذا كان العدول بمقتض فلا تعويض ، كما يبدو أن هذا الخطأ يكون مفترضا فى حالة عدم وجود مقتض للعدول.

أما النص الخاص بالإنجيليين فيفرق بين العدول بسبب كاف والعدول بدون سبب كاف ، فإذا كان العدول بسبب كاف فلا تعويض ، أما إذا كان العدول بدون سبب كاف وجب التعويض وهو ما يتضح من صياغة المادة ٣ : " إذا عدل أحد الخطيبين عن عقد الزواج بعد الخطبة بدون سبب كاف حكمت عليه السلطة المختصة بالتعويضات" ، فقد افترض هذا النص ان العدول بغير سبب كاف يعد خطأ يستوجب التعويض ، ويقترب هذا الحكم من الحكم الخاص بشريعة الاقباط الارثوذكس ، إلا أنه يبدو أن النص الخاص بالإنجيليين يوجب التعويض حتى ولو لم يثبت أن العدول قد ترتب عليه ضرر فعلى بالطرف الآخر ، أما النص الخاص بالاقباط الارثوذكس فقد اشترط وقوع الضرر فعلا.

وهنا يثور التساؤل عن المقتضى الذى يبرر العدول بحيث لا يجوز التعويض إذا توافر هذا المقتضى ، لا يوجد نص فى هذه المسألة فى شريعة الاقباط الارثوذكس ، فيترك تقدير ذلك للقضاء ويمكن الاسترشاد بما ورد فى

قانون الإنجيليين فى هذا الشأن[٢٩٥] فقد نصت المادة ٤ منه على أن "السبب الكافى لفسخ الخطبة هو أحد الأسباب الآتية:

اولا : إذا ظهر فساد فى أخلاق احدهما فيما يختص بالعفة ولم يكن معلوما للآخر قبل الخطبة.

ثانيا : إذا ظهرت باحدهما عاهة سابقة على الخطبة لم تكن معلومة للآخر.

ثالثا : إذا وجد باحدهما مرض قتال معد.

رابعا : إذا اعتنق أحدهما دين آخر بعد الخطبة.

خامسا : إذا ارتكب أحدهما جريمة مهينة للشرف مهما كان الحكم المدنى الذى حكم به عليه بسببها.

سادسا : إذا ارتكب احدهما جريمة غير مهينة للشرف وحكم عليه بسببها بالحبس سنة فاكثر.

سابعا : إذا غاب احد الخطيبين الى جهة غير معلومة للآخر أو بدون رضاه وطالت مدة الغياب حتى بلغت سنة علاوة على الاجل المحدد للزواج".

وهذه الاسباب ما هى إلا أمثلة لما يعتبر مبررا يستند اليه ولا مانع من الاخذ بغيرها ، إذ لا يمكن وضع قائمة تحصر ما يعتبر سببا كافيا للعدول لان ذلك يختلف باختلاف الزمان والمكان والقاضى يقدر فى كل حالة ما إذا كان هناك سبب كاف يبرر العدول أم لا.[٢٩٦]

---

(٢٩٥) راجع توفيق فرج – السابق ص٣٩٧ وما بعدها.
(٢٩٦) توفيق فرج السابق ص٣٩٨ ورغم تأييدنا لهذا النظر الا أننا نشير الى ما قد يوجه اليه من نقد محتمل لأن صياغة نص المادة ٤ من قانون الإنجيليين تسمح بالقول بان هذه=

موقف الشرائع المسيحية من رد الشبكة والهدايا والمهر:

يتضح من المادة ١٣ من مجموعة ١٩٣٨ للاقباط الارثوذكسي أنها تفرق بين العدول بمقتض والعدول بغير مقتض.

فإذا كان العدول بمقتض من جانب الخاطب فيجوز له استرداد ما قدم من المهر والهدايا غير المستهلكة (وتشمل الشبكة) أما الهدايا غير المستهلكة فلا ترد وإذا كان العدول بمقتض من جانب المخطوبة فإن الخاطب لا يسترد شيئا من ذلك.

أما إذا كان العدول بغير مقتض من جانب الخاطب فإنه لا يسترد شيئا وإذا كان العدول بغير مقتض من جانب المخطوبة فإن الخاطب يستطيع استرداد المهر والهدايا غير المستهلكة.

وعلى ذلك يسترد الخاطب المهر والهدايا غير المستهلكة (وتشمل الشبكة) فى حالتين هما: إذا كان العدول من جانبه بمقتض أو إذا كان من جانب المخطوبة بغير مقتض كما أنه لا يستطيع استردادها فى حالتين هما: إذا كان العدول من جانبه بغير مقتض أو كان من جانب المخطوبة بمقتض.

وتفرق شريعة الإنجيليين بين الهدايا العينية والمبالغ النقدية فإذا كان الخاطب قد قدم مبلغا نقديا (على سبيل المهر غالبا) وكان العدول من جانبه بغير مقتض فإن هذا المبلغ يستخدم فى تسوية ما للمخطوبة من تعويضات أما إذا كان العدول بمقتض فإنه يسترد هذا المبلغ.

=الاسباب محددة على سبيل الحصر فقد جاء النص على النحو التالى "السبب الكافى لفسخ الخطبة هو احد الاسباب الآتية: ... "ولم يسمح بوجود اسباب أخرى بخلاف هذه الأسباب.

أما الهدايا العينية فتضيع على الناكث وتبقى للآخر على النحو الذى ذكرناه بالنسبه للاقباط الارثوذكس ، مع ملاحظة أن قانون الإنجيليين لم يتحدث عن الهدايا المستهلكة ولكن يمكن القول بوجود عرف عام لدى المصريين بعدم رد الهدايا المستهلكة أيا كان الطرف الذى عدل عن الخطبة.

ويرى البعض فى هذه القواعد أنها تقرر نوعا من التعويض الجزافى الذى لا يتقيد بما إذا كان قد وقع ضرر للطرف الآخر أم لا ، ويرتبط فقط بانعدام المقتضى فى العدول عن الخطبة[٢٩٧] ، مع أن الخطبة فى الاصل وعد غير لازم ولذلك فالعدول حق للطرفين فإذا ما استعمله احدهما انقضى العقد (أى الخطبة) دون ان يكون فى ذلك أى إخلال بالعقد ، ولذلك فلا يجوز القول هنا بجواز التعويض على اساس المسئولية العقدية التى تقوم عند الاخلال بالعقد طالما ان هذا العقد لم يعد له وجود بالعدول.

فالقانون يجعل من الخطبة اتفاقا غير لازم وهذا راجع الى الغاية منها، لانها تقوم على اعتبارات نفسية قلبية لكى يكون الزواج عن رضا تام يقلل من الخلافات او الطلاق بعد ذلك ، ولذلك فإن كل قيد يحد من حرية الافراد فى العدول عن الخطبة يعتبر باطلا لمنافاته للحرية اللازمة للافراد فى الزواج سواء كان هذا القيد مباشرا أو غير مباشر عن طريق استلزام التعويض وفرض مغارم مالية عن مجرد العدول فى ذاته أو عن طريق الاتفاق على شرط جزائى أو حتى عن طريق احراج من يعدل والزامه بتبرير عدوله وابداء الاسباب على ذلك ، والغرض من كل ذلك هو عدم وضع العراقيل فى سبيل عدول أى من الطرفين ، ومن بين تلك العراقيل شعور الشخص بجسامة ما سيفقده أو ما سيتحمل به من جراء العدول ، وقد يتمثل

---

(٢٩٧) توفيق فرج – السابق ص٤٠٠.

ذلك فى فقده لما قدمه من مهر أو هدايا ، وقد يتمثل ذلك فى مبلغ تعويض عن خطأ مفترض بسبب العدول ، بل وقد يتمثل فى ناحية معنوية أو ادبية ، وهى التدليل على عدوله واعطاء المبرر له ، مما قد يسبب الحرج إذا ما كشف عنه ، كل هذا يتنافى مع الحرية اللازمة للافراد فى العدول ومع الغاية المقصودة من هذا النظام القانونى وهو الخطبة.(٢٩٨)

ولذلك فإن ما جاءت به بعض المجموعات الخاصة بغير المسلمين من افتراض الخطأ فى جانب من يعدل عن الخطبة لا يصح الأخذ به لان هذا يقتضى ان تقوم المسئولية على اساس العقد مع ان العقد ينقضى بمجرد العدول عنه سواء كان العدول بمبرر أم بغير مبرر ، وهذا أمر لاجدال فيه طالما كان من المسلم به أن الخطبة وعد غير لازم ، وانها إنما شرعت لأغراض معينة وقد لا تتحقق تلك الاغراض ، فلا يكون هناك محل فيها لالزام أى من الخاطبين بالاستمرار واتمام زواج يقوم من بدايته معرضا للفشل.(٢٩٩)

والواقع أن كل تناقض أو تعقيد فى هذا الامر يرفعه الاكتفاء بالنص على أن العدول فى ذاته ينهى الخطبة ، دون تفرقة بين ما إذا كان العدول بمبرر أو دون مبرر ، ودون التعرض لحكم المهر والهدايا ودون تقدير التعويض تقديرا جزافيا على نحو ما نصت عليه بعض القواعد الخاصة بغير المسلمين ، كما ينبغى أن يترك التعويض للقواعد العامة فى المسئولية التقصيرية وهى مسألة لاحقة على العدول ، ومستقلة عنه ، وبذلك تتاح الفرصة امام القضاء لبحث التناسب بين الضرر الذى تحقق بالطرف المتروك

---

(٢٩٨) راجع تفصيلا – توفيق فرج – السابق ص٤٠١ – ٤١٣.
(٢٩٩) توفيق فرج – السابق ص٤٠٤ ، ٤٠٥.

وقيمة التعويض المستحق له ، اذ قد يفوق ما يحصل عليه من مهر أو هدايا قيمة الضرر ، وقد لا ينشأ عن العدول ضرر بالمرة ، كما لو كان المتروك هو المخطوبة مثلا سارع شخص آخر الى التزوج بها ولم يلحق بها على هذا النحو أى اضرار مادية أو ادبية ، ويبدو أن صياغة النص الخاص بالكاثوليك هى أقرب الحلول الى هذا المنطق حيث نصت المادة ٣/٦ من الارادة الرسولية على أنه "لا دعوى للمطالبة بعقد الزواج بناء على الوعد به بل لتعويض الاضرار إن وجب" ، فهذا النص لم يفترض الخطأ أو الضرر على أى نحو.(٣٠٠)

ونلاحظ من ناحيتنا غرابة الحكم الوارد بمجموعة الاقباط الارثوذكس وقانون الإنجيليين فى حالة العدول دون مقتض ، فإذا كان العدول دون مقتض من جانب الخاطب فإنه يفقد ما قدمه من مهر أو هدايا (وتشمل الشبكة) وهذا كما رأينا نوع من التعويض اجزافى ، أما فى حالة عدول المخطوبة دون مقتض فانها ترد ما اخذته وهى بذلك لم تخسر شيئا ، بل أنها قد احتفظت بقيمة الهدايا المستهلكة التى قد تكون كبيرة فى بعض الحالات ، وفى ذلك تناقض واضح ، فالخاطب إذا عدل عن الخطبة دون مقتض فانه يعوض المخطوبة بالأشياء التى قدمها ، أما إذا عدلت المخطوبة دون مقتض فانها ترد ما أخذته وليس فى ذلك أى تعويض للخاطب إذ أنه هو الذى قدم هذه الاشياء ولم يحدث هنا سوى انه قد استردها دون تعويضه بشئ ما.

والأكثر من ذلك أن مجموعة ١٩٣٨ قد جعلت المهر فى حكم الهدايا (وتشمل الشبكة) رغم أن المهر يرتبط ارتباطا وثيقا باتمام الزواج ، وهو ما يستفاد بوضوح من نص المادة ١٤ من ذات المجموعة والتى نصت على

(٣٠٠) قرب - توفيق فرج - ص٤١٢.

القواعد التى تتبع بشأن المهر والهدايا فى حالة وفاة احد الطرفين فجاء بها انه "إذا توفى الخاطب قبل الزواج فلورثته استرداد المهر أو ما اشترى به من جهاز وإذا توفيت المخطوبة فللخاطب ان يسترد المهر أو ما اشترى به من جهاز أما الهدايا فلا ترد فى الحالتين":

ويستفاد من هذا النص أن حق المخطوبة فى المهر لا ينشأ الا بعد الزواج اما قبل الزواج فلا حق لها فيه وذلك بخلاف الهدايا التى يتم الاحتفاظ بها إذ أنها ليست مرتبطة بإتمام الزواج ، لذلك كان المنطق والتناسق بين النصوص يقتضى أن يرد المهر الى الخاطب سواء كان العدول بمقتض أم بغير مقتض ، طالما ان الحق فى المهر يرتبط باتمام الزواج على النحو الذى اوضحته المادة ١٤ من مجموعة ١٩٣٨.

ولذلك يمكننا القول أن الطابع غير اللازم لعقد الخطبة يتعارض مع ما يلى:

١- ان يفترض وجود الخطأ فى حالة العدول بغير مقتض.

٢- أن يفترض وجود الضرر فى حالة العدول بغير مقتض ويحدث ذلك فى حالة النص على الالتزام بالتعويض فى حالة العدول بغير مقتض دون بحث عما إذا كان قد ترتب على ذلك ضرر أم لا.

٣- النص على فقدان الخاطب لما قدمه من مهر أو هدايا (وتشمل الشبكة) لمجرد عدوله عن الخطبة ولو بغير مقتض. وسوف نرى الأن موقف محكمة النقض المصرية من المسألتين السابقتين.

موقف محكمة النقض المصرية من التعويض عن العدول:

تصدت محكمة النقض لهذه المسألة فى حكمين هامين ، وقد تصادف أن يكونا بشأن غير المسلمين إلا أن المحكمة وضعت فيهما مبادئ عامة تسرى على المسلمين وغيرهم.

فقررت المحكمة فى الحكم الأول أن "الخطبة والوعد بالزواج ليس الا تمهيدا لرابطة الزوجية وهذا الوعد لا يقيد احدا من المتواعدين فلكل منهما أن يعدل عنه فى أى وقت شاء ، إذ لامراء فى أنه يجب ان يتحقق كامل الحرية فى اجراء عقد الزواج الذى له خطره فى شئون المجتمع ، والعثرة فيه تفوت هناءة دهر وتجلب شقاء سنين ، وهذه الحرية لا تقوم إذا ما هددها شبح التعويض .

وحيث أنه مما تتعين الاشارة اليه فى هذا المقام أنه وأن كان لكلا المتواعدين على الزواج مطلق الحرية فى العدول عنه ، من غير أن يترتب على هذا العدول الزام بتعويض إلا أنه إذا لازمت الوعد بالزواج والعدول عنه أفعال مستقلة عنهما استقلالا بينا بحكم أنهما مجرد وعد بالزواج فعدول عنه ، وتكون هذه الافعال الحقت ضررا ماديا أو ادبيا بأحد المتواعدين ، كانت هذه الافعال موجبة للتضمين على من صدرت منه باعتبارها افعالا ضارة فى ذاتها لا نتيجة عن العدول".(٣٠١)

كما أكدت المحكمة هذا المبدأ فى حكمها الثانى فقررت أنه "يتعين للحكم بالتعويض بسبب العدول عن الخطبة أن تتوافر شرائط المسئولية التقصيرية بان يكون هذا العدول قد لازمته افعال خاطئة فى ذاتها ومستقلة

---

(٣٠١) نقض ١٤/ ١٢/ ١٩٣٩ فى الطعن رقم ١٣ لسنة ٩ ق - مجموعة عمر - الجزء الثالث رقم ١٤ ص٣٠.

عنه استقلالا تاما ومنسوبة لاحد الطرفين وأن ينتج عنها ضرر مادى أو أدبى للطرف الأخر ولما كان عدول الطاعن عن الخطبة الذى ترتب عليه الحكم للمطعون عليها بالتعويض قد وصفته محكمة الموضوع بكونه عدولا طائشا ليس له مسوغ يقتضيه ، وكان سبب العدول على هذا النحو لاصقا بالعدول ذاته ومجردا عن أى فعل خاطئ مستقل عنه ، لما كان ذلك فإن الحكم المطعون فيه يكون قد أخطأ فى القانون إذ قضى للمطعون عليها بالتعويض"(٣٠٢)

ويستفاد من قضاء محكمة النقض ما يلى:

١- لكل من الطرفين الحرية الكاملة فى العدول عن الخطبة.

٢- تقرير التعويض عن مجرد العدول عن الخطبة يتعارض مع هذه الحرية.

٣- العدول فى حد ذاته لايعد خطأ حتى ولو كان بغير مقتض.

٤- العدول فى حد ذاته لا يفترض تحقق ضرر للطرف الآخر.

٥- التعويض لا يكون إلا عن الافعال المستقلة استقلالا تاما عن العدول.

٦- لا يجوز الحكم بالتعويض إلا إذا توافرت الشروط المقررة لقيام المسئولية التقصيرية وهى الخطأ والضرر وعلاقة السببية.

(٣٠٢) نقض ٢٨/ ٤/ ١٩٦٠ فى الطعن رقم ٤٣٨ لسنة ٢٥ ق - مجموعة س١١ ص٣٥٩ ، وكان الحكم المطعون فيه قد "أقام قضاءه بالتعويض للمطعون عليها عن فسخ الخطبة على ما ورد فيه وفى الحكم الابتدائى الذى أحال إليه من أن الطاعن أقدم على فسخ الخطبة لغير ما سبب سوى طمعه فى مال والد خطيبته لرفضه ان يخص ابنته بنصيبها فى ماله حال حياته ، واعتبرت المحكمة عدول الطاعن لهذا السبب عدولا طائشا لم يكن له مسوغ يقتضيه ، ورتبت عليه الحكم للمطعون عليها بتعويض قدره ٣٠٠ جنيه".

٧- التعويض فى هذه الحالة السابقة لا يقوم على اساس المسئولية العقدية وإنما على اساس المسئولية التقصيرية.

ولذلك فانه لا يجوز تطبيق النصوص التى وردت ببعض الشرائع المسيحية والتى تفترض الخطأ فى جانب الطرف الذى عدل عن الخطبة وتجيز التعويض بسبب ذلك والنصوص التى تفترض حدوث ضرر للطرف الآخر فى حالة العدول دون مقتض ، ولا يمكن تبرير استبعاد تطبيق هذه النصوص إلا بأن محكمة النقض قد رأت أن التعويض عن العدول فى حد ذاته يعتبر مخالفا للنظام العام فى مصر ، فمن المبادئ الاساسية التى يحرص عليها القضاء تأكيد مبدأ حرية الزواج واستبعاد كل ضغط مباشر أو غير مباشر على ارادة الخاطب ، ولا شك ان التهديد بالتعويض يعد قيدا فعالا ومؤثرا على هذه الحرية.(٣٠٣)

وينتقد بعض الفقه ما ذهبت اليه محكمة النقض بقوله "أنه تصعب مجاراة محكمة النقض فى القول بان العدول الطائش لا تنشأ عنه المسئولية فى ذاته ، وكون العدول مشروع فى ذاته لا يمنع من اعتباره اساسا للمسئولية إذا اتصف بالخطأ ، ولا يصح اعتبار العدول من التصرفات المنزهة من الخطأ ، فكل تصرفات الانسان المشروعة تصلح اساسا للمسئولية إذا صدرت عن رعونة أو طيش وترتب عليها ضرر للغير فلا توجد فى العلاقات الانسانية تصرفات تحكمية لا حساب عليها من المجتمع على الفرد"(٣٠٤)

ونلاحظ على النقد السابق أنه قد اشترط فى العدول لكى يكون اساسا للمسئولية (أن يتصف بالخطأ) ، وهذا الشرط قد يفهم على وجهين ، **الوجه**

---

(٣٠٣) راجع فى هذا المعنى - حسام الاهوانى - السابق ص٣٧٢.
(٣٠٤) سمير تناغو - أحكام الاسرة للمصريين غير المسلمين ١٩٦٨ - ص١٠٤.

الاول: أن العدول يجب ان يكون مقترنا بخطأ فلا تعويض عن العدول فى حد ذاته وهنا لا يختلف الامر عما قررته محكمة النقض ، والوجه الثانى: أن العدول هو خطأ فى حد ذاته وهو ما يسميه بالعدول الطائش وهنا يحدث تناقض بين هذا القول وما قرره صاحبه من أن العدول "مشروع فى ذاته" فلا يتصور أن يكون مشروعا فى حد ذاته ويعد فى ذات الوقت من قبيل الخطأ.

ويضيف الرأى السابق فى نقده للحكم الثانى لمحكمة النقض "أن المحكمة العليا قررت صراحة أن المسئولية تقصيرية ، وبهذا نفت عن الخطبة صفة العقد"(٣٠٥) ونبادر فورا الى الرد على هذا النقد بانه ينسب الى محكمة النقض مالم يصدر منها ، فمحكمة النقض قد قررت أن العدول فى حد ذاته ليس سببا للتعويض وأن التعويض يكون عن الافعال المستقلة عنه إذا توافرت فيها شروط المسئولية التقصيرية ولم تذكر اطلاقا أن الخطبة ليست عقدا ، فعقد الخطبة يزول تماما بالعدول عنها ، وطالما أن هذا العدول جائز لان الخطبة عقد غير لازم فلا يمكن القول اطلاقا بان التعويض يمكن أن يقوم على اساس المسئولية العقدية والتى تقوم بسبب الاخلال بالعقد ، ولذلك فلا يصح القول بان رفض محكمة النقض قيام المسئولية العقدية فى هذه الحالة يعنى أنها تنفى عن الخطبة صفة العقد.

وهكذا نجد أن العدول فى حد ذاته لايعتبر خطأ حتى ولو لم يكن له مبرر وأنه لا يمكن أن يقوم التعويض بسبب هذا العدول فقط حتى ولو كان "عدولا طائشا ليس له مسوغ يقتضيه" ولا يمكن الحكم بالتعويض إلا إذا توافرت شروط المسئولية التقصيرية ، أى متى وجدت افعال خاطئة فى حد ذاتها من أحد الخاطبين ترتب عليها ضرر للأخر مثل التشهير به وتلويث

---

(٣٠٥) سمير تناغو – السابق ص١٠٣.

سمعته بالباطل ، ويستتبع ذلك القول بان الطرف الذى يعدل عن الخطبة لا يجوز أن يفقد ما قدمه من مهر أو هدايا أو شبكة كما تقضى بذلك بعض شرائع غير المسلمين ، بل يكون له استرداد ذلك حتى لا يثرى الطرف الاخر على حسابه دون سبب مشروع(٣٠٦) ولكننا سنرى حالا أن محكمة النقض لم تتبع هذا المنطق حتى نهاية الامر واتخذت موقفا مغايرا بالنسبة لرد الشبكة والهدايا.

موقف محكمة النقض من رد الهدايا والشبكة:

ننبه فورا الى أن قضاء محكمة النقض فى هذه المسألة قد انصرف إلى الهدايا ومنها الشبكة بصفة خاصة ولم يتطرق الى مسألة رد المهر ولذلك لزم التنوية الى ذلك بداءة.(٣٠٧)

وقد قررت محكمة النقض فى هذا الشأن أن "الهدايا التى يقدمها أحد الخاطبين الى الآخر اثناء فترة الخطبة تعتبر من قبيل الهبة لانها ليست ركنا من اركان الزواج ولا شرطا من شروطه إذ يتم الزواج صحيحا بدونها ولا

---

(٣٠٦) راجع توفيق فرج – السابق ص٤٢٤ ، ٤٢٥ ونشير هنا الى أننا فى بعض الأحوال لن نستطيع التمييز بسهولة بين العدول ذاته وبين الافعال المستقلة عنه استقلالا تاما ومثال ذلك: أن يعدل الخاطب عن الخطبة وقت حفل الخطبة دون إخطار مخطوبته بذلك مسبقا مما اصاب المخطوبة واسرتها بضرر مادى يتمثل فى المال الذى انفق لاعداد الحفل وضرر أدبى أكبر هو الفضيحة التى تصيبهم من جراء ذلك ، فهنا يمكن القول أن الخاطب لم يرتكب فعلا مستقلا عن العدول بل أن العدول نفسه هو الذى سبب الضرر ، إلا أنه من الممكن الرد على ذلك بان العدول ذاته لم يسبب الضرر وانما سببه وقت العدول الذى لم يكن مناسبا بحيث يمكن اعتبار اختيار وقت العدول عاملا مستقلا عن العدول ذاته ونسلم ايضا أنه من الصعب القول فى هذه الحالة مثلا أن عدم اختيار الوقت المناسب للعدول يدخل فى مدلول "الافعال المستقلة عن العدول استقلالا تاما" ، فوقت العدول قد يكون مرتبطا به إلى حد بعيد.

(٣٠٧) ويتناول البعض هذه المسألة معتبرا أن محكمة النقض قد تصدت لمسألة استرداد "المهر والهدايا والشبكة" – عبد العزيز المرسى – السابق ص٢٨٢ والواقع ان قضاء النقض فى هذه المسألة جاء خاصا باسترداد الهدايا ومنها الشبكة فقط دون مسألة استرداد المهر.

يتوقف عليها"(٣٠٨) وكررت هذا المبدأ بالتفصيل فى حكم لاحق فقررت "أنه وان كانت الخطبة تمهيدا للزواج وهو من مسائل الأحوال الشخصية إلا أن الهدايا التى يقدمها أحد الخاطبين للآخر - ومنها الشبكة - إبان فترة الخطبة لا تعتبر من هذه المسائل لانها ليست ركنا من اركان الزواج ولا شرطا من شروطه إذ يتم الزواج صحيحا بدونها ولا يتوقف عليها ومن ثم يكون النزاع بشأن تلك الهدايا بعيدا عن المساس بعقد الزواج وما هو متعلق به ويخرج بذلك عن نطاق الأحوال الشخصية وتعتبر هذه الهدايا من قبيل الهبات ويسرى عليها ما يسرى على الهبة من أحكام فى القانون المدنى ، وقد أورد هذا القانون أحكام القانون الهبة باعتبارها عقدا ماليا كسائر العقود ...."

واستطردت المحكمة قائلة "أن السبب ركن من اركان العقد فينظر فى توفره الى وقت العقد فإذا انعقد العقد صحيحا بتوفر سببه فانه لا يمكن ان يقال بعد ذلك بتخلف هذا السبب بعد وجوده فإذا كانت الخطبة هى السبب فى هذا النوع من الهبات وذلك باعتبارها الباعث الدافع للتبرع فان فسخها لايمكن ان يؤدى الى انعدام هذا السبب بعد أن تحقق ..... والذى تراه المحكمة فى شأن حق الخاطب الواهب فى استرداد تلك الهدايا هو تطبيق أحكام الرجوع فى الهبة الواردة فى القانون المدنى فى المادة ٥٠٠ وما بعدها ، ولما كانت المادة المذكورة تشترط للرجوع فى الهبة فى حالة عدم قبول الموهوب له أن يستند الواهب فى الرجوع الى عذر يقبله القاضى وألا يوجد مانع من موانع

(٣٠٨) نقض ٢٤ يونيو ١٩٦٩ رقم ٥ لسنة ٣٠ق مجموعة س١٢ ص٣٣٩ (تنازع اختصاص) وهذا الحكم خاص بالمحاكم الروحية أو المذهبية فى الاقليم الشمالى وصدر اثناء الوحدة بين مصر وسوريا ، وعليه فقد قررت المحكمة ان طلب رد الهدايا" يخرج عن اختصاص المحاكم الروحية ، وعلى ذلك فان المحكمة الروحية إذ قضت فى حكمها المطعون فيه بالزام الطاعنة باداء مبلغ معين فى مقابل تلك الهدايا تكون قد فصلت فى نزاع خارج عن ولايتها مما يتعين معه نقض الحكم المطعون فيه".

الرجوع ، ولما كانت محكمة الموضوع قد اعملت حكم هذه المادة وانتهت الى عدم أحقية الطاعن فى استرداد مبلغ الشبكة لما رأته فى حدود سلطتها التقديرية وللأسباب السائغة التى اوردتها من انتفاء العذر المقبول الذى يبرر رجوع الطاعن فى هبته ، ولما كان ذلك فان الحكم المطعون فيه لا يكون مخالفا للقانون".(٣٠٩)

وبذلك تكون محكمة النقض قد أخرجت المسألة من نطاق الأحوال الشخصية الى نطاق الأحوال العينية بحيث تصبح مسألة استرداد الهدايا والشبكة خاضعة لأحكام الرجوع التى نظمها القانون المدنى وهى أحكام موحدة بالنسبة لجميع المصريين ، ولا تطبق عليها من حيث المبدأ الشرائع الخاصة بغير المسلمين .

وقد تعرض هذا القضاء لانتقاد شديد من جانب الفقه إذ ان محكمة النقض تشترط لكى يتمكن الخاطب من استرداد ما قدمه من هدايا أو شبكة ان يكون الرجوع فى الهبة بعذر ، أى بعبارة أخرى أن يكون الخاطب قد عدل عن الخطبة بسبب ولعذر مقبول ، أى أن يكون العدول بمقتض فإذا كان العدول بدون مقتض ، أى بدون عذر يقبله القاضى ، فإنه لن يسترد الهدايا أو الشبكة ، أى أنه يتعرض لنوع من الجزاء يكون لاصقا بالعدول ولذلك فان قضاءها فى هذا الشأن يتعارض تماما مع قضائها بالنسبة لمسألة التعويض ، حيث قضت بان التعويض لا يكون الا عن الافعال المستقلة تماما عن العدول والتى تلحق ضررا بالطرف المهجور وذلك مراعاة لحرية الاطراف فى اتمام الزواج أو عدم اتمامه ، أما فى حالة الهدايا والشبكة فان العدول يجب أن يكون بعذر مقبول حتى يستردها الخاطب ، ويعد ذلك قيدا مؤثرا على حرية

---

(٣٠٩) نقض ١٩٦٣/١٠/٢٤ فى الطعن رقم ٣٠٢ لسنة ٢٨ ق مجموعة س١٤ ص٩٦٧.

الارادة فى العدول عن الخطبة إذ يهدد الخاطب شبح فقدان هذه الاشياء إذا لم يكن لديه عذر مقبول للعدول[٣١٠]

ويضيف البعض فى نقده أنه كان امام المحكمة رأى الامام أبو حنيفة الذى يجيز الرجوع فى الهبة دون اشتراط عذر يقبله القاضى طالما أنه لا يوجد ما يمنع من الرجوع ، فهو يتسق مع الطبيعة القانونية للخطبة ومع اتجاه محكمة النقض بشأن التعويض عن العدول ، ولقد كان الاولى أن تعتبر الخطبة من مسائل الأحوال الشخصية ولم يكن ذلك يعوق استبعاد أحكام الشرائع الخاصة التى تربط بين الاسترداد والعدول بمقتض طالما أن هذه الأحكام تخالف حرية العدول التى تتعلق بالنظام العام.[٣١١]

ومن جانبنا فإننا نلاحظ أن محكمة النقض قد قررت أن "الهدايا التى يقدمها أحد الخاطبين للآخر ومنها الشبكة إبان فترة الخطبة لا تعتبر من مسائل الأحوال الشخصية لانها ليست ركنا من اركان الزواج ولا شرطا من شروطه إذ يتم الزواج صحيحا بدونها ولا يتوقف عليها".

والسؤال الآن: ما هى العملية التى قامت بها محكمة النقض هنا؟

الاجابة: هى عملية تكييف لمسألة تقديم الشبكة والهدايا بمناسبة الخطبة ، وقد كيفت محكمة النقض تقديم هذه الاشياء بانه هبة تخضع لأحكام القانون المدنى، فلا يجوز استردادها الا وفقا لأحكام الرجوع فى الهبة فى هذا القانون، كما رفضت تكييف هذه المسألة بانها من مسائل الأحوال الشخصية.

وقد كان على محكمة النقض أن تقدم لنا التبرير القانونى لما توصلت اليه وفقا لقواعد التكييف المتعارف عليها ، فإذا ارادت أن تقنعنا بان تقديم هذه

(٣١٠) راجع حسام الاهوانى - السابق ص٣٧٥.
(٣١١) راجع حسام الاهوانى - السابق ص٣٧٦.

الاشياء يدخل فى نطاق عقد الهبة فعليها إذن أن تذكر لنا تعريف هذا العقد والخصائص المميزة له ثم تبين لنا بعد ذلك ما إذا كان هذا التعريف وتلك الخصائص تتوافر فى تقديم الخاطب لهذه الاشياء أم لا ، كما كان يجب عليها أن تذكر لنا مبررا صحيحا لعدم اعتبار هذه المسألة من مسائل الأحوال الشخصية.

وعن الجانب الاول: **وهو تكييف المحكمة لهذه المسألة بأنها من قبيل الهبة** : فاننا نشير إلى أن *"الهبة عقد يتصرف بمقتضاه الواهب فى مال له دون عوض"* م١/٤٨٦ من القانون المدنى ، ومن المقومات الرئيسية لعقد الهبة *"نية التبرع"* فلا يكفى لتحقق الهبة ان يتصرف الواهب فى مال له دون عوض ، بل يجب إلى جانب ذلك قيام العنصر المعنوى فى الهبة وهو نية التبرع ، فقد يعطى الشخص مالا ولكنه لا يقصد به التبرع المحض ، بل يقصد جنى منفعة مادية أو ادبية ، فتنتفى فى هذه الحالة نية التبرع ولا يعتبر التصرف هبة.[٣١٢] ، وقد اشارت الى هذه النية صراحة المادة ٢/٤٨٦ من القانون المدنى عندما نصت على أنه "ويجوز للواهب ، دون أن يتجرد عن *نية التبرع* ، أن يفرض على الموهوب له القيام بالتزام معين".

والسؤال الآن: هل تكون لدى الخاطب عند تقديم الهدايا - وبصفة خاصة الشبكة - نية التبرع؟ وبمعنى آخر: هل يقصد الخاطب ان يجنى من وراء تقديم هذه الاشياء منفعة مادية أو أدبية؟

الاجابة على هذا السؤال يجب أن تتم من خلال الواقع المتبع فعلا فى الاتفاقيات المالية الخاصة بالزواج والتى يرجع فيها بصفة رئيسية الى ارادة

(٣١٢) راجع تفصيلا - السنهورى - الوسيط - الجزء الخامس (الهبة والشركة والقرض والدخل الدائم والصلح) - الطبعة الثانية ١٩٨٧ (منقحة) ص٢١ وما بعدها.

الاطراف إضافة إلى العادات الجارية ، فلا جدال ان تقديم الشبكة يتم بهدف اتمام الزواج وليس لأى هدف آخر ولا جدال فى أن الزواج يعود على كلا الطرفين بمنافع مادية وأدبية فلا يجوز القول هنا بتوافر نية التبرع عند تقديم الشبكة ، أما عن الهدايا فقد جرت العادة على تقديمها فى مناسبات متعددة (المواسم والاعياد غالبا) وينظر اليها غالبا كمؤشر على كرم الخاطب واهتمامه بمخطوبته وكثيرا ما يؤدى عدم تقديمها الى ازدرائه من أهلها وقد يؤدى ذلك فى بعض الأوساط الى عدم اتمام الزواج ، وهنا ايضا نجد أن المنفعة الادبية – على الأقل – تكون مستهدفة من تقديم هذه الهدايا.

من ذلك يتضح لنا انتفاء نية التبرع عند تقديم الشبكة أو الهدايا ومن ثم فان ما انتهت اليه محكمة النقض من اعتبار ذلك من قبيل الهبة لا يتفق – فى رأينا – مع صحيح القانون.

وعن الجانب الثانى: وهو عدم اعتبار هذه المسألة من مسائل الأحوال الشخصية : فقد بررت محكمة النقض ذلك بان "الهدايا التى يقدمها أحد الخاطبين للآخر – ومنها الشبكة – ابان فترة الخطبة ..... ليست ركنا من اركان الزواج ولا شرطا من شروطه إذ يتم الزواج صحيحا بدونها ولا يتوقف عليها ومن ثم يكون النزاع بشأن تلك الهدايا بعيدا عن المساس بعقد الزواج وما هو متعلق به ويخرج بذلك عن نطاق الأحوال الشخصية" ، وهكذا تبرر محكمة النقض عدم اعتبار هذه المسألة من مسائل الأحوال الشخصية بانها "ليست ركنا من اركان الزواج ولا شرطا من شروطه" ، وهذا المعيار الذى أخذت به المحكمة يعنى أنها تشترط لاعتبار المسائل المرتبطة بالزواج من قبيل الأحوال الشخصية ان تكون ركنا من اركان الزواج أو شرطا من شروطه وهذا أمر غير صحيح ، فالمهر مثلا ليس ركنا من اركان الزواج ولا

شرطا من شروطه بل هو اثر واجب من آثار الزواج[٣١٣] ، ولا يمكن القول بان المهر ليس من مسائل الأحوال الشخصية لانه ليس ركنا من اركان الزواج ولا شرطا من شروطه ، ولذلك فإننا نرى أن تقديم الشبكة والهدايا بمناسبة الزواج هو مسألة مرتبطة بالزواج وهو ما يدخلها فى مسائل الأحوال الشخصية.

وطالما انتهينا إلى عدم اعتبار هذه المسألة من قبيل الهبة التى ينظمها القانون المدنى فانه لا محل للسير وراء منطق الفقه الذى ينتقد حكم محكمة النقض على اساس أنه يمنع الخاطب من استرداد هذه الاشياء إلا إذا كان لديه عذر مقبول لانا لن نطبق عليها أحكام الرجوع فى الهبة المقررة بالمواد ٥٠٠ - ٥٠٣ من القانون المدنى وبصفة خاصة نص المادة ٥٠٠ والتى تنص على أنه "(١) يجوز للواهب أن يرجع فى الهبة إذا قبل الموهوب له ذلك. (٢) فإذا لم يقبل الموهوب له جاز للواهب أن يطلب من القضاء الترخيص له فى الرجوع متى كان يستند فى ذلك الى عذر مقبول ، ولم يوجد مانع من الرجوع" خاصة وأننا نلاحظ أن هذا النقد يخلط بين مسألتين متميزتين هما العذر المقبول للعدول عن الخطبة والعذر المقبول للرجوع فى الهبة.

فإذا قلنا أن هذه المسألة تدخل فى نطاق الأحوال الشخصية فان ذلك لا يعنى تطبيق النصوص الواردة فى الشرائع الخاصة بغير المسلمين والتى لا تجيز استرداد هذه الأشياء إلا إذا كان العدول بمقتض فقد رأينا أن هذه النصوص تستبعد لمخالفتها للنظام العام ، فما هو الحل إذن فى رأينا؟

---

(٣١٣) راجع: احمد محمود الشافعى - أحكام الاسرة فى الشريعة الإسلامية - ١٩٨٣ ص١٦١.

نبدأ اولا بتحديد الطبيعة القانونية لتقديم الشبكة والهدايا بمناسبة الخطبة أو بمعنى آخر تكييف هذه المسألة ، لقد انتهينا الى عدم اعتبارها من قبيل الهبة لإنتفاء نية التبرع ، ولذلك فان الملاحظ عملا ان الشبكة يتم الاتفاق على تقديمها – رغم أنها ليست شرطا من شروط الزواج ولا ركنا من اركانه ولا أثرا من آثاره – ولذلك فان المسألة هنا تخضع لاتفاق الاطراف.

فإذا اتفق الطرفان – وهو ما يحدث عادة – على أن يقدم الخاطب شبكة بحيث لا يتم الزواج بدون تقديمها فان ذلك يعتبر من قبيل الاتفاق على اعطاء المخطوبة مالا بمناسبة الزواج فيأخذ – فى رأينا – حكم الاتفاق على المهر والمهر لا يجب على الزوج الا بالعقد الصحيح(٣١٤) فاذا لم يتم الزواج بالعدول عن الخطبة فلا يجب المهر على الزوج فيسترد ما قدمه من شبكة لانها فى هذه الحالة تأخذ حكم المهر. ويتفق ذلك مع المادة ١٤ من مجموعة ١٩٣٨ للاقباط الارثوذكس التى توجب رد المهر إذا توفى احد الخاطبين قبل الزواج.

أما إذا كان الخاطب قد قدم الشبكة بمحض ارادته ودون اتفاق على ذلك مع المخطوبة او من يمثلها – وكذلك الامر بالنسبة للهدايا – فان تقديم هذه الاشياء يكون معلقا على شرط فاسخ هو عدم اتمام الزواج ، فالخاطب يقدم هذه الاشياء وفى ذهنه – ويؤيده العرف فى ذلك – انه ما قدم هذه الشبكة أو الهدايا الا بهدف اتمام الزواج ، فإذا لم يتم الزواج بالعدول عن الخطبة يتحقق الشرط الفاسخ ويجوز للخاطب استرداد الشبكة أو الهدايا التى قدمها بمحض ارادته.

---

(٣١٤) راجع – احمد الشافعى – السابق ص١٦١.

وننوه ان الحكم السابق خاص بالهدايا ذات القيمة المعتبرة "أما بالنسبة للهدايا العادية أو البسيطة المقدمة على سبيل الود والمجاملة فهذه لا يحكم عادة باستردادها على اساس توافر نية التبرع فى شأنها وأن العادة جرت بذلك وخاصة ان معظمها من الهدايا التى تستهلك عادة".(٣١٥)

ويلاحظ أن أول نقد يمكن أن يوجه إلى رأينا هذا هو أنه طالما استبعد تطبيق أحكام الشرائع الخاصة فى هذه المسألة لمخالفتها للنظام العام ، مع اعتبارها من مسائل الأحوال الشخصية ، فكان ينبغى تطبيق الشريعة الإسلامية اى ارجح الآراء فى مذهب الامام ابى حنيفة ، وهو "أن الهدايا فى هذه الحالة هبة ، فتأخذ إذن حكم الهبات وتطبق عليها قواعدها ، ومن هذه القواعد: أن للواهب الرجوع فى هبته إلا لمانع يمنع الرجوع ومن موانع الرجوع فى الهبة ، هلاكها او استهلاكها ، او تغير حالها بزيادة عليها ، كان تكون نسيجا فصنع ثوبا ، أو كانت ثوبا فصبغ ، وعلى هذا فإذا كانت الهدية ساعة أو خاتما أو عقدا ، وكان المهدى باقيا على حاله بعد فسخ الخطبة كان للخاطب الرجوع به حتى إن كان العدول عن الخطبة من جانبه ، أما إذا كانت المخطوبة قد باعته او فقد منها ، أو كانت الهدية نسيجا فصنعته معطفا او كان طعاما فأكل او نحو ذلك فليس للخاطب الحق فى استرداد بدله او قيمته"(٣١٦)

ولكننا نبادر بالرد على ذلك باننا قد انتهينا الى نفى صفة الهبة عن تقديم الشبكة او الهدايا بصفة عامة لانتفاء نية التبرع ويعتمد الرأى الراجح فى مذهب أبى حنيفة على اعتبار هذه الاشياء قد قدمت على سبيل الهبة ، فلا

---

(٣١٥) عبد العزيز المرسى - السابق ص٢٨٧ هامش (١).
(٣١٦) احمد الشافعى - السابق ص٢٨.

يجوز الاخذ بهذا الرأى إذ يتوقف الاخذ بـه علـى تحقق صفـة الهبـة فـى هـذه المسألة وليس ذلك من باب عدم تطبيق الرأى الراجح فـى مذهـب ابـى حنيفـة ولكن لان شرط تطبيقه لم يتحقق وهو اعتبار هذه الاشياء قد قدمت على سبيل الهبة.

ويمكن ان نلخص رأينا فى هذه المسألة فى النقاط التالية:

١- الشبكة أو الهدايا التى يقدمها الخاطب لخطيبته ليست من قبيل الهبـة وفقـا للقانون المدنى المصرى لانتفاء نية التبرع.

٢- يستثنى من ذلك الهدايا بسيطة القيمة التى تقدم على سبيل الـود والمجاملـة إذ تتوافر بالنسبة لها نية التبرع وفقا لما جرت به العادة.

٣- الشبكة التى يتم الاتفاق على التزام الخاطب بتقديمهـا كشـرط مـن شـروط الزواج تأخذ حكم المهر فيجب ردها عند العدول أيا كـان الطـرف الـذى عدل عن الخطبة وسواء كان العدول بمقتض أم بغير مقتض.

٤- الشبكة التى قدمها الخاطب بمحض ارادته وكذا الهدايا تعد مرتبطة باتمـام الزواج ويكون تقديمهـا معلقـا علـى شـرط فاسـخ هـو عـدم اتمـام الـزواج فيجوز استردادها فى حالة العدول عن الخطبة.

ويثور التساؤل حول اسانيد رأينا هذا ، فنبادر الى القـول بـان المسـألة لم يرد فيها نص - خاصة بعد استبعاد نصـوص الشـرائع الخاصـة - ولذلـك فان هذا الرأى هو خليط من تفسير ارادة المتعـاقدين فـى الخطبـة مـع مراعـاة العرف الجارى فى هذه المسألة وفى ظل قاعدة العقد شريعة المتعاقدين وكلهـا اسانيد لا تتعارض مع نصوص القانون ولا قواعد الشريعة الإسلامية.

كما نشير أننا قد تأثرنا الى حد كبير بنص القانون المدنى الفرنسى فى هذه المسألة إذ أنه يتفق مع الارادة الغالبة للمتعاقدين والعرف المألوف فى هذه المسألة فقد نصت المادة ١٠٨٨ منه على إلغاء اية هبة تتم من اجل الزواج اذا لم يتم الزواج(٣١٧) ، على اساس إن تلك الهبة تخضع لشرط ضمنى فاسخ فى حالة اتمام الزواج.(٣١٨)

ويجب أن نشير أخيرا الى أنه من الناحية العملية سيكون من الراجح القضاء وفقا لرأى محكمة النقض ، إلا أنه من المتصور العدول عن هذا الرأى فى المستقبل أو تدخل المشرع بنص صريح يحسم هذه المسألة ، كما نكرر ما ذكرناه من ان حكم محكمة النقض لم يتناول سوى الهدايا ومنها الشبكة ولم يتناول مسألة رد المهر ، وقد رأينا أن نص المادة ١٣ من مجموعة ١٩٣٨ والذى يقضى بعدم استرداد الخاطب للمهر إذا كان العدول من جانبه بغير مقتض أو كان العدول من جانب المخطوبة بمقتض لا يجوز تطبيقه لمخالفته للنظام العام ، فيطبق حكم الشريعة الإسلامية والذى لا يوجب المهر الا بعقد الزواج ويجب رد المهر ايا كان الطرف الذى عدل عن الخطبة وسواء كان العدول بمقتض أم بغير مقتض خاصة وأن المادة ١٤ من مجموعة ١٩٣٨ قد أخذت بحكم مماثل فى حالة وفاة احد الخطيبين وأوجبت رد المهر.

---

(317) Toute donation faite en faveur du mariage sera caduque, si le mariage ne s'ensuit pas.

(٣١٨) راجع – حسام الاهوانى – السابق ٣٧٥ ، ٣٧٦.

تعقيب

الخطبة فى الشريعة اليهودية[٣١٩]

نشير بايجاز الى بعض الأحكام الخاصة بالخطبة فى الشريعة اليهودية:

١- تعريف الخطبة:

لا يختلف معنى الخطبة لدى اليهود الربانيين عن المعنى المقصود بها فى شرائع الطوائف المسيحية فهى اتفاق على ابرام الزواج فى المستقبل فهى لدى الربانيين اتفاق غير لازم يصح العدول عنه ، بينما تعتبر عند القرائين احدى مرحلتى الزواج وإن كان ذلك لا يمنع من وجود نوع من الخطبة البسيطة لديهم يخضع تنظيمها لارادة اطرافها وفقا للقواعد العامة.

٢- انعقاد الخطبة:

يشترط لانعقادها شروط موضوعية هى الرضا وعدم وجود مانع والسن[٣٢٠] وشروط شكلية هى العهد الشرعى المعروف بالقنيان وذلك عند الربانيين[٣٢١] ويجوز عندهم توثيق الخطبة بعقد كتابى ويكون ذلك من اختصاص رجل الدين ، كما يجوز الا تكون مكتوبة اما عند القرائين فيجب ان تكون الخطبة مكتوبة باعتبارها من مراحل الزواج فتأخذ حكمه.[٣٢٢]

---

(٣١٩) راجع تفصيلا - توفيق فرج - السابق ص٤٤١ وما بعدها ، احمد سلامه - السابق ص٤٨٦ وما بعدها

(٣٢٠) راجع تفصيلا - توفيق فرج ص٤٤٣.

(٣٢١) راجع - احمد سلامة - ص٤٩٠.

(٣٢٢) راجع توفيق فرج - السابق ٤٤٣ ، ٤٤٤.

٣- العدول عن الخطبة:

لما كانت الخطبة عند القرائين من مراحل الزواج فانها لا تنقضى الا بالطلاق[٣٢٣] اما عند الربانيين فليست الا فترة اختبار واستعداد قبل الزواج فإذا لم يتوافق الخطيبان فيجوز لاى منهما العدول ولا يتم الزواج ، فإذا تم العدول باتفاق الطرفين فلا مشكلة ، أما إذا تم بارادة احدهما فقط ، فإنه يكون جائزا مع وجوب أن يدفع الغرامة المتفق عليها في عقد الخطبة إذا كان هناك اتفاق على ذلك ، إلا إذا كان للعدول سبب يبرره فانه لا يدفعها ، وشرط الغرامة المذكور يعد مخالفا للنظام العام في مصر فيكون باطلا ويجوز العدول عن الخطبة دون التزام باداء الغرامة ، إلا إذا صاحب العدول خطأ سبب ضررا للطرف الآخر كما سبق القول بالنسبة لعامة المصريين.[٣٢٤]

ولم تنص شريعة الربانيين على احتفاظ أى من الطرفين بالهدايا فى حالة العدول ولذلك يجب رد الهدايا غير المستهلكة سواء كان العدول بسبب ام بغير سبب.[٣٢٥]

---

(٣٢٣) راجع توفيق فرج - السابق ٤٤٤ هامش ٤.
(٣٢٤) راجع - توفيق فرج - السابق ص٤٤٥ ، ٤٤٦.
(٣٢٥) راجع توفيق فرج ص٤٤٧ ويشير ذلك لنص المادة ٨ من ابن شمعون والتى تنص على أن "ناقض الخطبة لا يلزمه دفع شئ آخر غير الغرامة المضروبة" وغنى عن البيان ان الخطبة تنقضى أيضا بوفاة احد الخطيبين وقد نصت المادة ١٠ من ابن شمعون على أنه "إذا توفى أحد الخطيبين بطلت (انقضت) الخطبة ، ولا غرامة ، وردت الهدايا" وهى الهدايا غير المستهلكة (م١٤) - راجع توفيق فرج ذات الصفحة.

الفصل الثانى

انعقاد الزواج

لكى ينعقد الزواج فى شرائع غير المسلمين لابد أن تتوافر شروط موضوعية وأخرى شكلية وتتمثل الاخيرة بصفة اساسية فى الشكل الدينى للزواج

المبحث الاول

الشروط الموضوعية للزواج

وسوف نتناولها فى الشريعة المسيحية ثم فى الشريعة اليهودية

المطلب الاول

الشروط الموضوعية فى الشريعة المسيحية

وتتمثل فى الرضا وعدم وجود مانع من موانع الزواج

الفرع الاول

الرضا(٣٢٦)

نتناول اهم المسائل التى تثور بشأن الرضا فى عقد الزواج فى الشرائع المسيحية على التوالى:

---

(٣٢٦) راجع تفصيلا - احمد سلامة - السابق ص٤٩٧ وما بعدها.

اولا: الرضا بصفه عامة:

الرضا من أهم العناصر الجوهرية لعقد الزواج ورغم ضرورة الشكل الدينى لانعقاد الزواج فى المسيحية الا أن هذا الاخير لا يكفى وحده لانعقاد الزواج ولا يغنى باى حال عن الرضا بالزواج ، وقد اتفقت على ذلك مختلف الشرائع فنصت المادة ١٧ من مجموعة ١٩٣٨ على أنه "لازواج الا برضاء الطرفين" والمادة ١/٧٢ من الإرادة الرسولية على أن "يقوم الزواج بالرضا." ، والمادة ٩ من قانون الإنجيليين على أن "لا يجوز أن ينعقد الزواج الا بعد الرضا بالايجاب والقبول بين الزوجين".

ويتعين ان يكون الرضا حالا أى لابد ان تتصرف الإرادة الى قبول كل منهما أن يصير زوجا للآخر فى الحال ، فلا يكفى ان يتراضيا على عقد الزواج بينهما فى المستقبل إذ فى مثل الحالة الاخيرة لا يقوم الزواج بين الطرفين ، وإن أمكن أن يقوم بينهما وعد بالزواج ، أى خطبة ، لا يترتب عليها ما يترتب على الزواج من حق الطرفين فى المعاشرة الجنسية(٣٢٧) فلا يجوز ان يكون الرضا بالزواج مضافا الى أجل أو معلقا على شرط بل يجب أن يكون منجزا(٣٢٨) وقد نصت على ذلك صراحة المادة ٨٣ من الإرادة الرسولية للكاثوليك فجاء بها أنه "لا يمكن عقد الزواج بشرط" ، ويبدو أن الحكمة من ذلك هى تنزيه العلاقة الزوجية عن الاحتمال والتأرجح اللذان يصاحبان فكرة التعليق على الشرط سواء كان الشرط فاسخا أم واقفا ، هذا الى أن فكرة الشرط الفاسخ تتعارض مع الاصل فى الزواج فى كافة الشرائع

---

(٣٢٧) توفيق فرج - السابق ص ٤٥٠.
(٣٢٨) راجع - توفيق فرج - السابق ص٤٥١ وايضا احمد سلامة - السابق ص٥٠٢.

وهو أنه يعقد ليدوم وليس على خطر الزوال ، وهو ما يقال ايضا فى حالة ما إذا كان الرضا بالزواج مضافا لأجل.

أما عن مضمون الرضا فينبغى ان تتجه ارادة الطرفين الى الغاية التى شرع الزواج من أجلها وهى تولية كل منهما نفسه للآخر تولية شرعية ، وذلك بالنسبة الى الأفعال التى تؤدى الى انجاب البنين وعلى ذلك فإذا اقترنت ارادة الطرفين بتحفظ فى هذا الشأن بصورة يتبين معها انكار او نفى هذا الهدف ، فلا ينعقد الزواج بينهما.(٣٢٩)

كما ينبغى أن ينصرف الرضا الى أن العلاقة بين الطرفين هى علاقة مؤبدة فى الاصل لا تقبل التأقيت وهو ما نصت عليه صراحه المادة ٧٣ من الإرادة الرسولية البند ١ فجاء بها "من الضرورى لقيام الرضا الزواجى أن لا يجهل المتعاقدان على الأقل أن الزواج هو شركة مستمرة بين الرجل والمرأة بقصد ولادة البنين".

ثانيا التعبير عن الإرادة:

لا يتحقق وجود الرضا قانونا الا باتخاذه مظهرا خارجيا وذلك بالتعبير عن الارادتين ، وكان هناك تطابق بينهما فى ابرام عقد الزواج ، على أنه يتعين ان تكون هذه الإرادة معتبرة فلا يعتد بارادة الصبى غير المميز او المجنون(٣٣٠) كما أنه لا يعتد بالإرادة التى لم تتجه الى احداث أثر قانونى كارادة الهازل ، فتخلف الإرادة الحقيقية يجعل العقد باطلا ، ويكون

---

(٣٢٩) راجع - توفيق فرج - السابق ص٤٥٢ وهو ما قررته الإرادة الرسولية صراحة فنصت المادة ٧٢ بند ٢ على أن "الرضا الزواجى هو فعل ارادة به يعطى كل من الفريقين حقا على جسده ويقبل حقا على جسد صاحبه ، وهو حق مؤبد ومحصور بالزوجين دون سواهما فيما يتعلق بالافعال المترتبة بذاتها لولادة البنين".

(٣٣٠) راجع توفيق فرج - السابق ص٤٥٣.

اثبات ذلك على من يدعى ان الإرادة لم تكن حقيقية وهو امر عسير فى غالب الاحيان.(٣٣١)

أما عن كيفية التعبير عن الإرادة فالاصل أن يتم التعبير عنها بالالفاظ، فإذا كان الشخص غير قادر على الكلام فلا شك فى أنه يستطيع التعبير عن ارادته بالاشارة التى تدل على إرادته فى ابرام عقد الزواج ، فنصت المادة ١٨ من مجموعة ١٩٣٨ على أن "ينفذ زواج الأخرس باشارته اذا كانت معلومة ومؤدية الى فهم مقصوده".

أما اذا كان الشخص قادرا على الكلام فقد نصت المادة ٢/٧٩ من الإرادة الرسولية على أنه "على الخطيبين ان يعبرا عن رضاهما بالالفاظ ولا يجوز لهما استعمال اشارات تعادلها اذا استطاعا النطق" ويرى البعض هنا أنه لامانع من ان يتم التعبير عن الرضا باية دلالة اخرى غير الكلام ولو للقادرين عليه طالما كانت هذه الدلالة معبرة بطريقة لا تدع مجالا للشك فى قبول ابرام الزواج ، فمع الحضور طواعية امام رجل الدين والجمهور ، قد تعبر الزوجة عن قبولها بمجرد ايماءة للرأس أو بأن تمد يدها لوضع الخاتم فيها(٣٣٢) ، وقد يصح هذا الرأى لدى الطوائف الاخرى بخلاف الكاثوليك لعدم وجود نص مماثل ولا يمكن ان نؤيده بالنسبة للكاثوليك مع صراحة نص المادة ٢/٧٩ من الإرادة الرسولية.

---

(٣٣١) راجع توفيق فرج – السابق ص٤٥٤ وقد نصت المادة ٧٧ بند ١ من الإرادة الرسولية صراحة على أن "يقدر دائما رضا النفس الباطنى مطابقا للالفاظ او الاشارات المستعملة فى ابرام عقد الزواج".

(٣٣٢) توفيق فرج – السابق ص٤٥٥.

ثالثا: الوكالة فى الزواج:(٣٣٣)

عقد الزواج فى الشرائع المسيحية من العقود الشكلية ويلزم حضور الزوجين امام رجل الدين حتى يتحقق بنفسه من رضا كل من الطرفين وتوافقهما على الزواج لكى يتسنى له اثبات ذلك فى العقد ولكى يتم الامر علنا امام الشهود ، وحتى يمكن اقامة الصلاة الدينية ، وعلى ذلك فإذا تخلف احد الطرفين عن الحضور امام الكاهن او إذا تخلفا معا ، فلا يمكن اجراء الزواج، حتى ولو عبرا عن رضاهما باية وسيلة اخرى ، مهما كانت هذه الوسيلة قاطعة فى قبولهما اتمام الزواج كما لو اتصلا بالكاهن الذى سيبرم الزواج واخبراه برغبتهما الاكيدة فى اتمام الزواج ، سواء كان ذلك عن طريق الخطابات او التليفون أم عن طريق رسول ينقل اليه رغبتهما ، فكل هذه الوسائل ، ولو انها تعبر تعبيرا صريحا عن الإرادة إلا انها لا تكفى لابرام الزواج الذى ينبغى ان يتم علنا امام الشهود وباقامة الصلاة.(٣٣٤)

ولذلك يثور التساؤل حول اتمام الزواج بطريق الوكالة ، فيرى البعض أن مقتضى اتمام الزواج فى الشكل الدينى يستلزم حضور الزوجين امام الكاهن حتى يعبرا عن رضاهما بالزواج امام الكاهن وامام الشهود ومعنى ذلك انه لايصح ان يتم الزواج عن طريق الوكالة ، لان الغرض من اتمام الزواج فى الشكل الدينى هو التاكد من رضا الطرفين بالزواج ومنحهما البركة عن طريق الصلاة والتكليل وهذا ما لايتسنى عن طريق الوكالة

(٣٣٣) راجع تفصيلا توفيق فرج - السابق ص٤٥٦ وما بعدها وايضا - احمد سلامة - السابق ص٥٠٦ وما بعدها.
(٣٣٤) توفيق فرج ص٤٥٧.

وخاصة ان القواعد الخاصة بالطوائف المختلفة لم تشر الى موضوع الزواج عن طريق الوكالة إلا بالنسبه للكاثوليك(٣٣٥)

وفيما يتعلق بالكاثوليك يتضح ان اللجوء للوكالة امر استثنائى فى اضيق الحدود ، فلا تجيز الإرادة الرسولية ذلك إلا "فى حالة الضرورة فقط أى إذا تعذر على الفريقين الحضور معا امام الكاهن لسبب خطير" ، ولذلك لاتجوز الوكالة إلا فى حالة الضرورة المذكورة سالفا وفى حدود الشروط والضوابط التالية والتى وضعتها الإرادة الرسولية:

١- ان يأذن بذلك الرئيس الكنسى المحلى.

٢- ان تكون الوكالة خاصة بعقد الزواج مع شخص معين.

٣- ان تحرر الوكالة فى وثيقة (م ٨١/ ١)(٣٣٦)

٤- الا يرجع الموكل عن التوكيل او يفقد عقله قبل عقد الزواج (م ٨١/ ٣).

٥- ان يباشر الوكيل العقد بنفسه فلا يجوز له توكيل غيره فى ذلك (م ٨١/ ٤).

٦- ان تراعى جميع الطقوس الدينية اللازمة لعقد الزواج (م ١/٨٢).

ويبدو لنا أنه مع استلزام الشكل الدينى للزواج المسيحيى فإن الوكالة تكون أمرا إستثنائيا ولذلك فاننا نميل إلى الرأى القائل بعدم جواز الوكالة إلا

---

(٣٣٥) راجع - توفيق فرج - السابق ٤٥٧ وفى ذات المعنى - احمد سلامة - السابق ص٥٠٦.

(٣٣٦) ويوقع على الوثيقة من الموكل واحد رجال الدين او من شاهدين على الاقل مع مراعاة مراسيم الابرشيات التى تنص على اكثر مما ذكر (م١/٨١) ، "فإذا جهل الموكل الكتابة تجب الاشارة الى ذلك فى وثيقة الوكالة واضافة شاهد آخر يوقع هو ايضا على الكتابة وإلا كانت الوثيقة لاغية" م٢/٨١.

فى الحالة الإستثنائية الواردة بشريعة الكاثوليك.

رابعا: موافقة الاولياء:

قد يحدث ان يبلغ الشخص السن التى يجوز له الزواج عندها دون أن يصل الى السن التى تنتهى فيها الولاية على النفس ، فشريعة الأقباط الارثوذكس تحدد سن الزواج بثمانية عشر سنة للرجل وسته عشر سنة للمرأة بينما تنتهى الولاية على النفس ببلوغ الحادية والعشرين ، ولذلك فقد نصت المادة ٢٠ من مجموعة ١٩٣٨ على أنه "إذا كان سن الزوج او الزوجة دون الحادية والعشرين فيشترط لصحة الزواج رضا وليه المنصوص عليه فى المادة ١٦. فإذا امتنع ولى القاصر عن تزويجه فيرفع طالب الزواج الامر الى المجلس الملى – محكمة الاحوال الشخصية حاليا – للفصل فيه"(٣٣٧)

أما فى شريعة الكاثوليك فقد نصت المادة ٥٧ بند ١ من الإرادة الرسولية على أنه "لايصح زواج الرجل قبل تمام السنة السادسة عشرة من عمره ولازواج المرأة قبل تمام الرابعة عشرة من عمرها" ونصت المادة ٢٤ منها على أنه "ليحرض الخورى الاولاد القصر تحريضا شديدا على أن لايعقدوا الزواج دون معرفة والديهم او بالرغم منهم إذا كان عدم رضاهم صوابيا. وإذا لم يذعنوا فليمتنع عن حضور زواجهم قبل أن يستشير الرئيس الكنسى" ويبدو أن الفقه يميل الى أن صياغة النص على هذا النحو تعنى انه

---

(٣٣٧) الراجح هو حلول محكمة الاحوال الشخصية محل المجلس الملى فى هذه المسألة - راجع مصطفى الجمال - الاحوال الشخصية لغير المسلمين فى القانونين المصرى واللبنانى ١٩٩٠ ص٢٣١ وعكس ذلك - توفيق فرج - السابق ص٤٦٤ حيث يرى ان الإحتصاص بعد الغاء المجالس الملية يكون للرئيس الدينى وقد نصت المادة ٣٩ من مجموعة ١٩٣٨ على أنه "إذا عقد زواج القاصر بغير إذن وليه فلا يجوز الطعن فيه إلا من الولى او القاصر" "ومع ذلك لاتقبل دعوى البطلان من الزوج ولا من الولى متى كان الولى قد أقر الزواج صراحة او ضمنا او كان قد مضى شهر على علمه بالزواج ولا تقبل الدعوى ايضا من الزوج بعد مضى شهر من بلوغه سن الرشد" م٤٠.

لايشترط رضا الاولياء لصحة زواج القاصر الذى بلغ سن الزواج[٣٣٨]، فالواضح ان النص يعلق المسألة على استشارة الرئيس الكنسى الذى قد يوافق على عقد الزواج رغم ذلك.

أما قانون الإنجيليين فنصت المادة ٣١ منه على أن "يكون الولد ذكرا او انثى تحت ولاية ابيه إن وجد حتى يبلغ سن التكليف" و "سن التكليف للذكر والانثى ثمانى عشرة سنة" م٣٢ ، ويبدو من هذا النص ان شريعة الإنجيليين تشترط موافقة الولى لصحة زواج القاصر الذى لم يبلغ الثامنة عشرة[٣٣٩]

ويلاحظ انه فى جميع الحالات فلن يجوز توثيق الزواج وفقا للائحة الموثقين الا إذا بلغ سن الزوج ثمانية عشرة سنة والزوجة ستة عشرة سنة.

خامسا: صحة الإرادة (الخلو من عيوب الإرادة)[٣٤٠]

لايكفى وجود الرضا بالتعبيز عنه على النحو سالف الذكر بل يجب ايضا ان يكون صحيحا اى خاليا من عيوب الإرادة ، وهو الامر المقرر ايضا بشأن المعاملات المالية فى القانون المدنى ، إلا أن تطبيق نظرية عيوب الرضا فى عقد الزواج يجب ان يختلف عن تطبيقها بشأن العقود المتعلقة بالمعاملات المالية ، إذ أن ابطال الزواج يكون اكثر خطورة من ابطال أى

---

(٣٣٨) راجع توفيق فرج - ص٤٦٥ وايضا عبد العزيز المرسى - السابق ٣٠٥ ، ٣٠٦.
(٣٣٩) وقد نصت المادة ٣٤ من ذات القانون على أنه إذا مات الاب او حكم بزوال حقوق ولايته تعين السلطة المختصة المذكورة من يقوم بالولاية وتقدم الام غير المتزوجة بزوج أخر إن كانت مقتدرة وحسنة التصرف والا فالجد والا فالاقرب من الاقارب والاصهار.
(٣٤٠) راجع تفصيلا - توفيق فرج - السابق ص٤٦٨ وما بعدها ، حسام الاهوانى السابق ص٣٩٧ وما بعدها.

عقد آخر بسبب تهديده لكيان الاسرة ، ومن ثم يلاحظ الاتجاه الى عدم التوسع فى ابطال الزواج بسبب عيوب الرضا لتحقيق استقرار العائلات.(٣٤١)

وعيوب الإرادة فى القانون المدنى هى الغلط والتدليس والاكراه والاستغلال (راجع المواد (١٢٠ - ١٣٠ مدنى)(٣٤٢) ، ومن الواضح انه ليس من المتصور الأخذ بعيب الاستغلال فى مسائل الاحوال الشخصية إذ يفترض فى الاستغلال عدم التوازن الاقتصادى فى العقد وهى مسألة لاتطرح بشأن الزواج(٣٤٣) ، كما انه من الراجح عدم الاخذ بعيب التدليس لأن كلا الطرفين يحاول اثناء فترة الخطبة ابراز محاسنه واخفاء عيوبه وقد يصعب التمييز بين هذه الامور المتعارف عليها وبين التدليس ، ويضاف الى ذلك أنه على فرض الاخذ بعيب التدليس فانه لابد ان يؤدى للوقوع فى الغلط الذى يستغرق التدليس.(٣٤٤) ولذلك لايتبقى من عيوب الإرادة فى مجال الزواج سوى الغلط والاكراه.

---

(٣٤١) راجع فى هذا المعنى - احمد سلامة - السابق ص٥١٠ وحسام الاهوانى - السابق ص٣٩٨.

(٣٤٢) الغلط هو حالة تقوم بالنفس تحمل على توهم غير الواقع فتدفع الشخص الى التعاقد راجع - السنهورى - الوسيط - الجزء الاول - المجلد الاول - العقد - الطبعة الثالثة ١٩٨١ (منقحة) ص٣٨٢ ، والتدليس هو استعمال طرق احتيالية لايقاع المتعاقد فى غلط يدفعه الى التعاقد - راجع - السنهورى - السابق ص٤٢٠ ، اما الاكراه فهو ضغط تتأثر به ارادة الشخص فيندفع الى التعاقد - راجع - السنهورى - السابق ص٤٤٢ ، واخيرا فان الاستغلال هو انتهاز ضعف فى المتعاقد الآخر (طيش بين او هوى جامح) ليبرم عقدا يتحمل فيه بالتزامات لاتتعادل البتة مع ما حصل عليه من فائدة بموجب العقد - راجع المادة ١٢٩ (١) مدنى.

(٣٤٣) راجع - حسام الاهوانى - السابق ص٣٩٨.

(٣٤٤) راجع تفصيلا - حسام الاهوانى - السابق ص٣٩٨ ، ٣٩٩.

(أ) الغلط

نصت المادة ٣٧ من مجموعة ١٩٣٨ على أنه "....... إذا وقع غش في شخص احد الزوجين فلا يجوز الطعن في الزواج الا من الزوج الذى وقع عليه الغش وكذلك الحكم فيما إذا وقع غش في شأن بكارة الزوجة بان ادعت انها بكر وثبت ان بكارتها ازيلت بسبب سوء سلوكها او في خلوها من الحمل وثبت أنها حامل" ، كما نصت المادة ٧٤ من الإرادة الرسولية للكاثوليك على أن:

"**البند ١**- الغلط فى الشخص يبطل الزواج.

البند ٢- الغلط فى صفة الشخص ، وان كان الغلط سببا للعقد ، لايبطل الزواج ما لم:

١- يؤد الغلط في الصفة الى الغلط فى الشخص.

٢- ما لم يبرم شخص حر عقد زواج مع شخص يظنه حرا بينما هو بالعكس عبد رقيق".

ويلاحظ على النصوص السابقة ان الغلط التلقائى لايؤدى للبطلان فى شريعة الأقباط الارثوذكس فيشترط ان يكون ناشئا عن غش وعلى العكس لم تشترط شريعة الكاثوليك وجود غش فيكفي ان يكون الغلط تلقائيا.(٣٤٥)

ويستخلص من النصوص السابقة ان الغلط قد يكون فى الشخص او فى صفة من صفاته وهو ما سنتناوله من خلال مجموعة ١٩٣٨ بصفة رئيسية:

---

(٣٤٥) راجع فى هذا المعنى - توفيق فرج - السابق ص٤٧٤.

النوع الاول: الغلط فى الشخص:

من المتفق عليه انه متى حدث غلط فى الشخص المراد الاقتران به فيمكن ابطال الزواج بسبب الغلط ، وقد يحدث ذلك على سبيل المثال إذا كان احد الطرفين ضعيف البصر لدرجة لا يستطيع معها التفرقة بين من خطبها ومن تزوج بها فعلا وهى صورة نادرة الحدوث ، وفى الوقت الحالى ومع تطور الزمن فإنه لايتصور بخلاف الحالة النادرة سالفة الذكر ألا يتعرف الخاطب على خطيبته بحيث يقع غلط فى الشخص عند الزواج.(٣٤٦)

النوع الثانى: الغلط فى الصفة:

الاصل فى شريعة الأقباط الارثوذكس ان الغلط فى الصفة لايؤثر على صحة الزواج ذلك ان صفات الشخص ليست الا امر عرضيا فلا يكون هناك عيب جوهرى فى الإرادة(٣٤٧) إلا ان هناك بعض الاستثناءات على هذه القاعدة يجوز فيها طلب الابطال لغلط فى الصفة ، وقد ذكرت مجموعة ١٩٣٨ حالتين:

الحالة الاولى: الغش فى بكارة الزوجة:

ويشترط لتوافر هذه الحالة الشروط التالية:

١- ان يكون الغلط نتيجة غش:

ويكون ذلك عن طريق الادعاء الكاذب فلا يشترط ان تستخدم وسائل احتيالية اخرى بخلاف الكذب وهو ما استقر عليه قضاء محكمة النقض حيث

---

(٣٤٦) راجع فى هذا المعنى - حسام الاهوانى - السابق ص٤٠٠ ، ٤٠١.
(٣٤٧) راجع - توفيق فرج - السابق ص٤٧٥ ، حسام الاهوانى - السابق ص٤٠٢.

يتوافر الغلط "بمجرد ادعاء الزوجة انها بكر على خلاف الحقيقة ثم يتبين بعد ذلك انها لم تكن بكرا"[٣٤٨]

٢- الا يكون الزوج عالما بذلك من قبل:

فإذا كان يعلم بذلك فلا يجوز له طلب الابطال بسبب الغلط ، وهو ما جرى عليه قضاء النقض فى هذا الشأن.[٣٤٩]

٣- ان تكون البكارة قد ازيلت بسبب سوء سلوك الزوجة:

فإذا كانت ازالتها قد حدثت نتيجة عملية جراحية او لاى سبب آخر ليس من شأنه ان يشين الفتاة فالزواج يعتبر صحيحا ويكون اثبات ذلك بالرجوع للخبرة الطبية بطبيعة الحال.

٤- الا يكون الزوج قد اجاز الزواج رغم علمه بالغش:

فقد نصت المادة ٣٨ من مجموعة ١٩٣٨ على انه "لاتقبل دعوى البطلان فى الاحوال المنصوص عليها فى المادة السابقة الا إذا قدم الطلب فى ظرف شهر من وقت ان اصبح الزوج متمتعا بكامل حريته او من وقت ان علم بالغش ، ويشترط ان لايكون حصل اختلاط زوجى من ذلك الوقت" فالبطلان النسبى يزول بالاجازة اللاحقة من الزوج الذى وقع فى الغلط[٣٥٠]

---

(٣٤٨) نقض ١٩٧٢/٥/٣ فى الطعن رقم ٩ لسنة ٣٩ ق مجموعة س٢٣ ص٨١١ ، وفى ذات المعنى: نقض ١٩٧٦/١٢/١٥ فى الطعن رقم ٢٠ لسنة ٤٥ ق- مجموعة س٢٧ ص١٧٤٨.

(٣٤٩) راجع نقض ١٩٧٢/٥/٣ ، ونقض ١٩٧٦/١٢/١٥ السابق الإشارة إليهما.

(٣٥٠) "كما وأن هذا البطلان النسبى يزول بالاجازة اللاحقة من الزوج الذى وقع فى الغلط ، ويعتبر اجازة لاحقة السكوت عن طلب الابطال مدة شهر من وقت صيرورة الزوج المكره متمتعا بكامل حريته او علم الزوج الذى وقع فى الغلط بما وقع فيه ، ويعتبر الاختلاط الزوجى بعد اكتشاف الغلط من قبيل الاقرار اللاحق" نقض ٧٦/١٢/١٥ – السابق الاشارة اليه ، وفى ذات المعنى نقض ١٩٧٤/٦/١٢ فى الطعن رقم ١٢ لسنة ٤٠ق مجموعة س٢٥ ص١٠٣٥ ، وايضا نقض ١٩٨٥/٤/١٦ فى الطعن رقم ٩ لسنة ٥٤ق – مجموعة س٣٦ ص٦٠٦.

وهذه الاجازة تتحقق بطريقتين هما ألا يرفع الزوج دعوى البطلان خلال شهر من علمه بالغش ، أو أن يحصل اختلاط زوجى بعد علمه بالغش.[٣٥١]

والحالة الثانية: ادعاء الخلو من الحمل كذبا:

وذلك إذا دعت الزوجة خلوها من الحمل ثم ثبت انها حامل والعلة فى ذلك منع اختلاط الانساب كما هو واضح.

وقد استقر قضاء محكمة النقض على ان الحالتان اللتان ذكرتهما مجموعة ١٩٣٨ قد وردتا على سبيل الحصر وانه لايجوز التوسع فى حالات الابطال للغلط فى الصفة فقررت "أن العيب الذى يشوب الإرادة ويكون من شأنه بطلان عقد الزواج فى شريعة الأقباط الارثوذكس هو وقوع غلط فى صفة جوهرية متعلقة بالزوجة فقط وبالنسبة لصفتين فقط هما البكارة والخلو من الحمل دون ما اعتداد بالصفات الجوهرية الاخرى ، مما مفاده ان اخفاء حقيقة سن احد الزوجين ...... لايترتب عليه بطلان الزواج".[٣٥٢]

ونشير هنا إلى أن حالات الغلط فى شريعة الكاثوليك ليست لها - فى رأينا - قيمة عملية تذكر ، فالغلط فى الصفة فى الحالة الاولى ليس مقصودا فى حد ذاته بل لأنه يؤدى الى الغلط فى الشخص وهنا يستغرق الغلط فى الشخص الغلط فى الصفة وتعتبر الحالة من حالات الغلط فى الشخص لا فى

---

(٣٥١) وقضت محكمة النقض بان توافر ذلك الغلط وقت اتصال علم الزوج به ومخالطته او عدم مخالطته لزوجته بعد هذا العلم من مسائل الواقع التى تستقل محكمة الموضوع بتقديرها طالما قد بينت الحقيقة التى اقتنعت بها واوردت دليلها عليها واقامت قضاءها على اسباب سائغة تكفى لحمله - نقض ١٩٨٥/٤/١٦ - السابق الاشارة اليه.

(٣٥٢) نقض ١٩٧٦/٤/٢٨ فى الطعن رقم ٢ لسنة ٤٥ق - مجموعة س٢٧ ص١٠٢٨، ولقد توسع مشروع قانون الاسرة للمسيحيين فى احوال البطلان للغلط فى الصفة فتنص المادة ١٨ منه على قابلية العقد للابطال إذا وقع احد الزوجين فى غلط فى صفة جوهرية فى الطرف الأخر تتعلق بشرفه إذا كان من شأنها ان تجعل الحياة المشتركة بين الزوجين غير محتملة - راجع حسام الاهوانى - السابق ص٤٠٧.

الصفة[٣٥٣] ، أما حالة زواج الحر من عبد رفيق وهو يعتقد انه حر فلا يتصور تطبيقها عملا فى الوقت الحالى لتحريم الرق فى جميع الدول.

(ب) الإكراه

تنص المادة ١/٣٧ من مجموعة ١٩٣٨ على أنه "إذا عقد الزواج بغير رضاء الزوجين او احدهما رضاء صادرا عن حرية واختيار فلا يجوز الطعن فيه الا من الزوجين او الزوج الذى لم يكن حرا فى رضائه ....."

وتنص المادة ٧٨ من الإرادة الرسولية على انه "بند ١- لايصح الزواج المعقود على قسر او خوف شديد توقعه دون حق علة خارجية لاكراه احد الفريقين على الرضا. بند ٢- كل خوف غير هذا ولو بسبب ابرام العقد لا يلازمه بطلان الزواج"

ويقصد بالاكراه ان يصدر الرضا تحت سلطان رهبة بعثها الطرف الآخر نفسه او الغير بدون وجه حق وكانت قائمة على اساس ، وتكون الرهبة قائمة على اساس إذا كانت ظروف الحال تصور للطرف الذى يدعيها ان خطرا محدقا يهدده هو او غيره فى النفس او الجسم او الشرف او المال ، كما يبطل الزواج إذا كان الاكراه صادرا من غير الزوجين ، ويترك للقاضى تقدير الاكراه على ان يراعى فى ذلك جنس من وقع عليه الاكراه وسنه

---

(٣٥٣) راجع المثال الذى يضربه بعض فقهاء القانون الكنسى - توفيق فرج - السابق ص٤٧٨ ويتلخص فى ان يقبل اب وابنته زواجهما ابن صديق له اكتفاء بانه ابن هذا الصديق فقط ودون علم بشخصيته فينتحل شخص غيره هذه الصفة ويتقدم للزواج منها ، والواضح هنا أن هناك غلط فى الشخص يستغرق الغلط فى الصفة ، بل اننا نرى انه غلط فى الشخص بطريقة مباشرة وليس نتيجة لغلط فى الصفة.

وحالته الاجتماعية والصحية وكل ظرف آخر من شأنه ان يؤثر فى جسامة الاكراه.[٣٥٤]

ويستوى ان يكون الاكراه ماديا او ادبيا والاكراه الادبى هو المتصور غالبا والذى يؤثر على الإرادة عن طريق التهديد بخطر مادى او معنوى حال او مستقبل اما الاكراه المادى فمن الصعب تصور حدوثه لان الزواج يتم امام رجل الدين الا إذا كان رجل الدين نفسه قد تعرض للاكراه وهى صورة نادرة.[٣٥٥]

وقد جاء النص الخاص بالارثوذكس مختصرا بعكس النص الخاص بالكاثوليك الذى جاء مفصلا بعض الشئ فيمكن الرجوع اليه فى تحديد شروط الاكراه خاصة ان ما ورد بالإرادة الرسولية لايخرج كثيرا عن القواعد العامة بشأن الاكراه ، فيشترط لتوافر الاكراه ما يلى:[٣٥٦]

١- ان يكون هناك خوف شديد او رهبة شديدة وجسامة الخوف مسألة نسبية ينظر فيها الى السن والجنس وحالة الاشخاص.

٢- ان تنشأ الرهبة او الخوف عن سبب خارجى ، فإذا تم الزواج تحت تأثير التهديد الصادر من نفس الشخص عن طريق تأنيب الضمير او الخوف من عذاب الجحيم ، فلا تتوافر الرهبة التى يقصدها القانون الكنسى.

---

(٣٥٤) راجع - حسام الاهوانى - السابق ص٤٠٨.
(٣٥٥) راجع فى هذا المعنى - توفيق فرج - السابق ص٤٨١ ، ٤٨٢ ، حسام الاهوانى - السابق ص٤٠٩.
(٣٥٦) راجع تفصيلا - توفيق فرج - السابق ص٤٨٤ وما بعدها.

٣- ان تكون الرهبة قد بعثت فى نفس المتعاقد دون حق ومثال الرهبة التى تتولد بحق تهديد الشخص الذى غرر بفتاة بابلاغ السلطات لاتخاذ الاجراءات ضده إذا لم يتزوجها.(٣٥٧)

الفرع الثانى

الخلو من موانع الزواج(٣٥٨)

هذا هو الشرط الموضوعى الثانى بعد الرضا ، والمانع بصفه عامة هو كل ظرف من شأنه ان يجعل الزواج باطلا او محرما ، او هو واقعة معينة تثور عقبة فى سبيل قيام الزواج.(٣٥٩)

وتقسم موانع الزواج فى الشريعة المسيحية عدة تقسيمات:(٣٦٠)

١- الموانع المؤبدة والموانع المؤقتة:

تنقسم موانع الزواج من حيث دوامها الى موانع مؤبدة وهى تلك التى تكون قائمة على اسباب ثابتة لاتزول كالقرابة وموانع مؤقتة وهى تلك التى

---

(٣٥٧) وقد ورد بالإرادة الرسولية تطبيق للاكراه فى حالة الخطف فنصت المادة ٦٤ منها على ان "البند ١- لايمكن ان يقوم زواج بين الرجل الخاطف والمرأة المخطوفة بقصد التزوج منها مادامت فى حوزة الخاطف.
البند ٢- يزول المانع إذا فصلت المرأة المخطوفة عن خاطفها ووضعت فى مكان امين حر فرضيت بالتزوج منه" ويستوى مع الخطف حبس المرأة من أجل إكراهها على الزواج وورد ذلك بالبند ٣ من نفس المادة "فيما يخص بطلان الزواج يعادل الخطف ضبط المرأة عنوة أى إذا ضبط الرجل المرأة عنوة بقصد الزواج فى المكان الذى تقيم فيه او الذى قصدته بحريتها" - ويخضع بطلان الزواج فى حالة الخطف لنفس القواعد التى تسرى على البطلان بسبب الاكراه - توفيق فرج - السابق ص٤٩٢.

(٣٥٨) راجع تفصيلا - احمد سلامة - السابق ص٥٥٠ وما بعدها ويصف شرط الخلو من الموانع بانه شرط سلبى.

(٣٥٩) راجع - توفيق فرج - السابق ص٤٩٢.

(٣٦٠) راجع تفصيلا - توفيق فرج - السابق ص٤٩٢ وما بعدها ، احمد سلامة - السابق ص٥٥١ وما بعدها.

تكون قائمة على اسباب يمكن زوالها ، فإذا زالت يصح الزواج مثل اختلاف الدين.

٢- الموانع المطلقة والموانع النسبية:

وتنقسم موانع الزواج من حيث نطاقها الى موانع مطلقة وهى التى يؤدى وجودها بالشخص الى بطلان زواجه باى شخص آخر ومثال ذلك ان يكون مرتبطا بزواج قائم ، وموانع نسبية وهى التى لاتمنع زواج الشخص إلا من اشخاص معينين كالقرابة.

٣- الموانع المحرمة والموانع المبطلة:

وتنقسم موانع الزواج من حيث اثرها القانونى الى موانع محرمة وهى تلك التى تجعل الزواج حراما فقط ، فهى تنهى عنه ولكنه إذا حدث لايعتبر باطلا وان كان مكروها كالنذر البسيط ، وموانع مبطلة وهى تلك التى تجعل العقد باطلا لاينتج اى اثر مثل العجز الجنسى.(٣٦١)

٤- الموانع العامة الشائعة والموانع المستترة:

وتنقسم موانع الزواج اخيرا من حيث سهولة اثباتها الى موانع عامة شائعة وهى تلك التى يمكن الكشف عنها واثباتها امام القضاء بعكس الموانع المستترة ومثال المانع الشائع قرابة الدم الشرعية اما قرابة الدم غير الشرعية فتعتبر مانعا مستترا.

ونشير الى ان من هذه الموانع ما هو مشترك بين جميع الطوائف

---

(٣٦١) وقد نصت امادة ٢٦ من الإرادة الرسولية على هذا التقسيم "البند ١- يلازم المانع المحرم فهى شديد عن عقد الزواج لكن الزواج لايضحى باطلا اذا عقد مع وجود المانع. البند ٢- المانع المبطل ينهى عن عقد الزواج نهيا شديدا ويحول ايضا دون صحة عقده".

المسيحية ومها ما هو خاص ببعض الطوائف دون غيرها وسيرا مع بعض الفقه[٣٦٢] فاننا سنتناول موانع الزواج بالترتيب من حيث تقسيمها الى موانع مطلقة وموانع نسبية:

فالموانع المطلقة هي: ١- السن ٢- الارتباط بزواج سابق ٣- العجز الجنسى والامراض الاخرى الخطيرة او المنفرة ٤- مانع الدرجات المقدسة ٥- النذر ٦- العدة.

والموانع النسبية هي: ١- القرابة وتشمل: أ. قرابة الدم ب. قرابة المصاهرة جـ. القرابة الروحية د. القرابة القانونية (التبنى) هـ. قرابة الرضاع. ٢- الحشمة او الآداب العامة ٣- الجريمة ٤- اختلاف الدين.

المجموعة الاولى

الموانع المطلقة

اولا: مانع السن:

لما كان الزواج مسئولية اجتماعية خطيرة فقد حرصت الشرائع المسيحية على تحديد سن للزواج يفترض عندها توافر قدر كاف من التمييز والوعى لدى الشخص المقبل على الزواج.[٣٦٣]

وسن الزواج عند الأقباط الارثوذكس ثمانية عشر سنة ميلادية للرجل وستة عشر سنة ميلادية للمرأة (م ١٦ من مجموعة ١٩٣٨) وعند الكاثوليك

---

(٣٦٢) توفيق فرج - السابق ص٤٩٦ ، ٤٩٧.
(٣٦٣) راجع - توفيق فرج - السابق ص٤٩٨.

ستة عشر للرجل واربعة عشر للمرأة (م ٥٧ من الإرادة الرسولية)[٣٦٤] وهو نفس السن عند الإنجيليين وفقا للمادة ١٠ من قانونهم الا ان هذا السن قد رفع بقرار من المجلس الملى العام الانجيلى فى ١٠ ديسمبر ١٩٣٠ الى ثمانية عشر سنة للرجل وستة عشر للمرأة.[٣٦٥]

على انه مهما اختلفت القواعد الخاصة بتحديد سن الزواج لدى المسيحيين فانه "لايجوز توثيق عقد الزواج إذا كان سن الزوج اقل من ١٨ سنة وسن الزوجة اقل من ١٦ سنة" وفقا للمادة ٢٨ من لائحة الموثقين المنتدبين والمعمول بها من اول يناير ١٩٥٦.

ثانيا: العجز الجنسى والامراض الخطيرة:[٣٦٦]

نصت المادة ٢٧ من مجموعة ١٩٣٨ على انه: "لايجوز الزواج ايضا فى الاحوال الاتية: أ- إذا كان لدى احد طالبى الزواج مانع طبيعى او عرضى لايرجى زواله يمنعه من الاتصال الجنسى كالعنة والخنوثة والخصاء".

---

(٣٦٤) مع مراعاة ان المادة ٣٢ بند ١/٢ تجيز للبطريرك الاعفاء (التفسيح) من مانع السن على أن لا يتجاوز الاعفاء سنتين كاملتين ، ويبدو ايضا ان الإرادة الرسولية لاتجيز الزواج اذا كان الشخص لم يبلغ السن المقررة فى القوانين المدنية فنصت المادة ٤٩ منها على انه "حيث يمنع الشرع المدنى الزواج بسبب الوصاية ..... يحرم الزواج بقوة الحق القانونى"

(٣٦٥) اشار لهذا التعديل – فتيحة قرة – تشريعات الاحوال الشخصية ص٤٠٢ ولا نعتقد بمشروعية هذا التعديل إذ ان قرار المجلس الملى لايمكن أن يعدل نصا تشريعيا واردا بقانون الإنجيليين وعملا فان الغالب ان رجل الدين لن يبرم العقد احتراما لقرار المجلس الملى إذا لم تتم مراعاة السن الوارد به.

(٣٦٦) راجع تفصيلا – احمد سلامة – السابق ص٥٨٨ وما بعدها.

ونصت المادة ٥٨ من الإرادة الرسولية على ان:

"بند ١- العجز السابق المؤبد سواء أكان من طرف الرجل أم من طرف المرأة وسواء أكان الزوج الآخر عارفا به أم لا ، مطلقا كان العجز أم نسبيا ، يبطل الزواج بحكم الحق الطبيعى نفسه.

بند ٢- إذا ارتيب فى مانع العجز سواء كان الريب من قبل الحق أم من قبل الواقع فلا يمنعن الزواج.

بند ٣- العقم لا يبطل الزواج ولايحرمه"

ونصت المادة ٨ من قانون الإنجيليين على أنه "لايكون الزواج صحيحا إلا إذا عقد بين ذكر وانثى كاملى الاعضاء والقوة الى تؤهلهما للزواج الفعلى".

ويتضح من النصوص السابقة انها تعتبر العجز الجنسى مانعا مبطلا للزواج.(٣٦٧) وسوف نتناول فيما يلى أهم المسائل المتعلقة بمانع العجز الجنسى :

المقصود بالعجز الجنسى:

يستفاد من نص المادة ٢٧/أ من مجموعة ١٩٣٨ أن العجز الجنسى هو "كل مانع يمنع من الإتصال الجنسى" أو كما يعرفه بعض الفقه بأنه "نقص فى المقدرة الذاتية على الجماع الذى يصلح بذاته لإنجاب الأولاد سواء كان هذا النقص من جانب الرجل أم من جانب المرأة" (٣٦٨).

---

(٣٦٧) اما القواعد الخاصة بالروم الارثوذكسى فقد جعلت من هذه الحالة سببا من اسباب التطليق إذا توافرت شروط معينة - راجع توفيق فرج - السابق ٥١١ وهامش ٢ بذات الصفحة.

(٣٦٨) توفيق فرج - السابق ص ٥٠٢.

وتتضح من ذلك الحكمة من جعل العجز الجنسى مانعا للزواج حيث انه يؤدى الى عدم تحقق مقصد اساسى من مقاصد الزواج.[٣٦٩]

والعجز الجنسى قد يكون سابقا على الزواج - وهو المقصود هنا - وقد يكون لاحقا له فيكون سببا للتطليق وليس مانعا من الزواج ، وقد يكون مطلقا يمنع الزوج من الاتصال بأى شخص من الجنس الآخر وقد يكون نسبيا بالنسبة لشخص معين فقط [٣٧٠] ولا فارق بين العجز النسبى والعجز المطلق من الناحية القانونية طالما أنه يمنع اتصال الرجل بزوجته ، وقد يكون العجز الجنسى دائما لا يرجى زواله والشفاء منه وقد يكون مؤقتا يزول بمضى الزمن او بالعلاج وفى الحالة الأخيرة لا يوجد عجز جنسى بمعنى الكلمة.[٣٧١]

ويتحقق العجز الجنسى لدى الرجل والمرأة على السواء ، وأهم صور العجز الجنسى عند الرجل :

١- الجب وهو عدم وجود الذكر.

٢- الخصاء وهو عدم وجود الخصيتين.

٣- العنة وهى العجز عن الاتصال بالنساء لارتخاء عضو التناسل لدى الرجل بما يجعل الاتصال الجنسى مستحيلا وسواء كان ذلك لاسباب

---

(٣٦٩) وهو أن كلا من الزوجين يعطى للأخر حقا على جسده ويقبل منه مثل هذا الحق وذلك بقصد التناسل - توفيق فرج - السابق ٥٠٢ ، فمن غايات الزواج الأساسية اشباع كل من الرجل والمرأة غريزته الجنسية ومن ثم اذا لم يتسن اشباع هذه الغريزة من جانب اى منهما فاولى بزواجهما الا ينعقد - أحمد سلامة - السابق ص ٥٨٨.

(٣٧٠) ومثال ذلك عدم توافق حجم الاعضاء التناسلية بين الزوج وزوجته.

(٣٧١) راج توفيق فرج - السابق ص ٥٠٢ ، ٥٠٣

عضوية وهى ما تسمى العنة العضوية او لاسباب نفسية وهى ما تسمى بالعنة النفسية [٣٧٢].

وأهم صور العجز الجنسى عند المرأة:

١- الرتق وهو إنسداد المحل.

٢- القرن وهو غدة فى المحل تمنع من الإتصال الجنسى.[٣٧٣]

أما الخنوته فهى اجتماع عضوى الذكر والانثى فى شخص واحد[٣٧٤] ولذلك لا يمكننا القول أنها عيب خاص بالرجل ام بالمرأة وإن كانت تعد صورة من صور العجز الجنسى اذا أدت لمنع الإتصال الجنسى شأنها شأن باقى العيوب.

ويتم اثبات العجز الجنسى بالخبرة الطبية بطبيعة الحال غير أن ذلك قد يتعذر احيانا خاصة فيما يتعلق باثبات العنة النفسية التى قد لا يكتشفها الفحص الطبى المألوف.[٣٧٥]

---

(٣٧٢) وقد جرت بعض احكام محكمة النقض على تعريف العنة بأنها "انعدام المقدرة الجنسية انعداما كاملا بحيث لا يستطيع احد الطرفين الاتصال بالأخر على الوجه العادى" نقض ١٩٩٥/١/٣١ فى الطعن رقم ١٣٨ لسنة ٦١ ق ، وأيضا نقض ١٩٩٥/٣/٢٨ فى الطعن رقم ٥٤ لسنة ٥٧ ق ، ونقض ١٩٩٥/١٢/١١ فى الطعن رقم ٨٧ لسنة ٦٢ ق ، ونقض ١٩٩٦/٣/٢٥ فى الطعن رقم ١٣٧ لسنة ٦٢ ق وجميعها لم تنشر بعد ، ويبدو لنا أن هذا التعريف يتسع لكافة صور العجز الجنسى وليس قاصرا على العنة بمعناها الدقيق الا أن المحكمة تعرف العنة بمعناها الدقيق فى احكام أخرى فتقرر أنها "ارتخاء عضو التناسل لدى الرجل بحيث يعجز عن الوصول الى الغشاء" نقض ١٩٧٠/٥/٢٧ فى الطعن رقم ٢٨ لسنة ٣٧ ق - مجموعة س ٢١ ص ٩١٤. وتشير المحكمة فى ذات الاحكام الى ان العجز الجنسى فى هذه الحالة قد يكون "نتيجة عنة عضوية او مرده الى بواعث نفسية لاتنم عنها اعراض خارجية ورغم سلامة عضو التناسل يكون الرجل غير قادر على الجماع لاسباب نفسية مبعثها الخوف او الرهبة او الوساوس الداخلية او انعدام العاطفة والشعور بالكراهية".

(٣٧٣) راجع توفيق فرج - السابق ص ٥٠٢ - ٥٠٦.

(٣٧٤) حسام الاهوانى - السابق ص ٤٢٧.

(٣٧٥) ولذلك فان "العنة النفسية يستنتج وجودها اوعدم وجودها عن طريق القرائن وما يطمئن اليه من ظروف الحال كما اذا بقيت الزوجة بكرا" - نقض ١٩٧٠/٥/٢٧ - السابق والاشارة اليه.

ولا يعتبر العقم - وهو عدم القدرة على الانجاب - من قبيل العجز الجنسي وقد نصت المادة ٣/٥٨ من الإرادة الرسولية صراحة فجاء بها ان "العقم لا يبطل الزواج ولا يحرمه" ويستفاد ذلك ايضا من مجموعة ١٩٣٨ حيث أن المادة ٢٧/أ منها قد اشترطت فى العجز الجنسى ان "يمنع من الاتصال الجنسى" فاذا تحقق الاتصال الجنسى فلا يكون هناك عجز جنسى حتى ولم يحدث انجاب.(٣٧٦)

الشروط القانونية للعجز الجنسي المبطل للزواج.(٣٧٧)

١- ان يكون العجز الجنسى سابقا على الزواج وقائما وقت العقد:

فإذا كان العجز لاحقا على الزواج فلا يصلح سببا لبطلان العقد ولكنه يعتبر سببا من اسباب التطليق.(٣٧٨)

ويكفى وجود العجز وقت الزواج سواء كان الطرف الآخر عالما به أم غير عالم وهو ما نصت عليه صراحة المادة ٥٨ من الإرادة الرسولية ، كما ان النص الخاص بالارثوذكس والانجيليين لم يشترط ان يكون الطرف الآخر جاهلا بالعجز ، وهذا امر منطقى لان بطلان الزواج فى هذه الحالة راجع لان العجز الجنسى يتنافى مع المقصود من الزواج ولا يغير من ذلك ان يكون الزوج الآخر عالما بوجود العيب.

---

(٣٧٦) راجع - توفيق فرج - السابق ص ٥٠٦ وما بعدها وفى ذات المعنى - حسام الاهوانى - السابق ص ٤٣٣.
(٣٧٧) راجع تفصيلا - احمد سلامة - السابق ص ٥٨٩ وما بعدها.
(٣٧٨) حسام الاهوانى - السابق ص ٤٢٩.

ومن الادلة على ان العجز كان سابقا على الزواج ان يعجز الزوج عن مباشرة زوجته منذ الليلة الاولى للزواج(٣٧٩) وبقاء غشاء البكارة سليما لمدة عامين بعد الزواج.(٣٨٠)

٢- *أن يكون العجز دائما لا يرجى زواله:*

أما اذا كان عرضيا ومؤقتا فانه لا يصلح سببا لبطلان الزواج ، فمن واجب كل زوج ان يصبر على الآخر ويعاونه على تخطى العقبات ، فالعجز المؤقت ليس الا مجرد ازمة تستلزم معاونة الطرف الآخر حتى يسترجع قدرته الجنسية (٣٨١) ولذلك فقد قضت محكمة النقض بان اصابة الزوج بعنة نفسية مؤقتة تزول بزوال اسبابها اى يمكن البرء منها لا تجيز الحكم ببطلان الزواج.(٣٨٢)

ولذلك فاذا برئ الشخص من العجز ولو بعمليه جراحية فلا يعد العجز مانعا مبطلا لعقد الزواج ، ومن ذلك ان تجرى الزوجة عملية جراحية تجعلها صالحة للجماع الجنسى الكامل بعد ازالة النتوء الخلقى بالقناة المهبلية والذى كان يعوق الجماع.(٣٨٣)

---

(٣٧٩) نقض ١٩٧٠/٥/٢٧ السابق الاشارة اليه وجاء به "وكان هذا الذى قرره يؤكد أنه كان عاجزا عن الاتصال بزوجته منذ زواجه بها وان مقررته الزوجة من أنها اكتشفت عجزه الجنسى منذ الليلة الاولى كان صحيحا ومتفقا مع الحقيقة والواقع ، ومن ثم فلا نزاع فى ان عجزه الجنسى كان سابقا على الزواج وقائما وقت العقد"

(٣٨٠) نقض ١٩٧٧/١/٢٦ فى الطعن رقم ٣٩ لسنة ٤٥ ق-مجموعة س٢٨ ص٣٠٢.

(٣٨١) راجع - حسام الاهوانى - السابق ص ٤٣٠.

(٣٨٢) نقض ١٩٩٤/٥/١٧ فى الطعن رقم ٢٤٨ لسنة ٦٣ ق - لم ينشر بعد.

(٣٨٣) نقض ١٩٧٩/٥/٢٣ فى الطعن رقم ٣٣ لسنة ٤٨ ق- مجموعة س ٣٠ ص٤٣٥، وجاء به ايضا "ان تقدير ما اذا كان العجز الجنسى قد برئ منه الشخص ام لا مما يدخل فى سلطة محكمة الموضوع دون رقابة عليها من محكمة النقض متى كان قضاؤها يقوم على اسباب سائغة".

٣- ان يؤدى العجز الجنسى الى الاضرار بالطرف الآخر:

فيجب ان يكون العجز الجنسى من شأنه الاضرار ضررا حقيقيا وجسيما بالطرف الآخر ويتحقق ذلك بوضوح فى حالة عدم امكان الجماع اطلاقا ، اما فى حالة عدم الاشباع الكامل للرغبة الجنسية فيميل القضاء الى التجاوز عنها.(٣٨٤)

فإذا ما توافرت هذه الشروط فان ذلك يعد كافيا للحكم ببطلان الزواج بسبب مانع العجز الجنسى ولا يشترط مضى مدة معينة كحد أدنى للتدليل على ان العجز الجنسى لا يرجى الشفاء منه وهو ما استقرت عليه احكام محكمة النقض.(٣٨٥)

اثبات العجز الجنسى:

من اليسير اثبات العجز الجنسى بالخبرة الطبية فيما يتعلق بالجب او الخصاء او الخنوثة ومع التقدم الطبى اصبح من الميسور ايضا اثبات العجز الجنسى الناشئ عن العنة العضوية ، اما العنة النفسية فغالبا ما يصعب اثباتها بالفحص الطبى وغالبا ما يرد بتقارير الطب الشرعى ان الزوج "ليس مصابا

---

(٣٨٤) راجع - حسام الاهوانى - السابق ص ٤٣١ والاحكام التى اشار اليها ومن ذلك سرعة الإمناء حيث يمكن ان يتحقق الاشباع الجنسى عن طريق التكرار.

(٣٨٥) وعلى ذلك فقد رفضت محكمة النقض ضرورة إمهال الزوج مدة سنة كاملة تتعاقب فيها الفصول الاربعة وهى القاعدة المقررة فى الفقه الاسلامى لعل القدرة الجنسية للزوج تتحسن فى احد هذه الفصول وذلك استنادا لعدم وجود مثل هذا الحكم فى مجموعة ١٩٣٨ الخاصة بالأقباط الارثوذكس - راجع نقض ١٩٩٥/٣/٢٨ فى الطعن رقم ٥٤ لسنة ٥٧ ق ونقض ١٩٩٥/١٢/١١ فى الطعن رقم ٨٧ لسنة ٦٢ ق وكلاهما لم ينشر بعد.

بعنة عضوية الا انه فى الوقت نفسه قد يكون به عنة نفسية لا يمكن اثباتها او نفيها من الفحص الطبى". (٣٨٦)

وتطبيقا للقواعد العامة فى الاثبات فان الاثبات يقع على عاتق من يدعى خلاف الاصل ، والاصل فى الإنسان هو سلامة جسده واعضائه فاذا ادعت الزوجة بان زوجها مصاب بعنة نفسية فعليها اثبات ذلك ، ويستدل على ذلك غالبا ببقاء الزوجة بكرا رغم مضى فترة كافية منذ عقد الزواج (٣٨٧) ، الا أن ذلك ليس دليلا قاطعا بل مجرد قرينة يمكن اثبات عكسها كما لو كان غشاء البكارة من النوع الذى لا يتمزق رغم الا يلاج وقد يرجع ذلك ايضا الى امتناع الزوجة عن تمكين الزوج منها وليس الى عدم قدرة الرجل الجنسية. (٣٨٨)

هذا عن العجز الجنسى أما عن الامراض الخطيرة فنشير بايجاز الى ان مجموعة ١٩٣٨ قد نصت فى المادة ٢٧ منها على انه لا يجوز الزواج ايضا فى حالة الاصابة بالامراض الخطيرة وخصت بالذكر اذا كان احد الزوجين مجنونا (فقرة ب) او اذا كان احدهما مصابا بمرض قتال كالسل

---

(٣٨٦) راجع على سبيل المثال ما ورد بتقرير الطب الشرعى المشار اليه بنقض ١٩٩٦/٣/٢٥ فى الطن رقم ١٣٧ لسنة ٦٢ ق - لم ينشر بعد.

(٣٨٧) راجع على سبيل المثال نقض ١٩٩٥/٣/٢٨ السابق الاشارة اليه وجاء به ان "الحكم المطعون فيه اذ قضى ببطلان عقد زواج الطاعن من المطعون ضدها قد استدل على ان الطاعن مصاب بعنة نفسية غير قابلة للشفاء ومصاحبة لانعقاد الزواج مما اثبته الطبيب الشرعى فى تقريره من ان المطعون ضدها لا زالت بكرا وأن غشاء بكارتها سليم وخال من ثمة تمزقات قديمة او حديثة وأنه يتمزق بحدوث معاشرة جنسية ومما هو ثابت من الاوراق من معاشرة الطاعن زوجته بضعة شهور وقد مكنته من نفسها .... هو من الحكم استخلاص موضوعى سائغ" وراجع فى ذات المعنى نقض ١٩٩٥/١/٣١ فى الطعن رقم ١٣٨ لسنة ٦١ ق - لم ينشر بعد. ويلاحظ الخطأ اللغوى الشائع فى بعض الأحكام الحديثة للقضاء المصرى باستعمال كلمة (ثمة) بمعنى (أية) بينما تعد كلمة (ثمة) مرادفا لكلمة (هناك) راجع المعجم الوجيز ١٩٨٠ ص ٨٨.

(٣٨٨) راجع حسام الاهوانى - السابق ص ٤٣١ وما بعدها.

المتقدم والسرطان والجذام (فقرة جـ) ، ونصت المادة ٢٨ منها على أنه "اما اذا كان طالب الزواج مصابا بمرض قابل للشفاء . ولكنه يخشى منه على سلامة الزوج الآخر كالسل فى بدايته والامراض السرية فلا يجوز حتى يشفى المريض".

ثالثا: مانع الزواج السابق: (٣٨٩)

يعتبر مبدأ عدم تعدد الازواج او الزوجات من المبادئ الاساسية للشريعة المسيحية ، فلا يجوز للرجل المتزوج ان يتخذ زوجة ثانية مادام الزواج الاول قائما وكذا الزوجة ، ويلاحظ ان الشريعة المسيحية لم تأت بجديد بشأن منع تعدد الازواج ، ويمكننا القول ان قاعدة منع تعدد الازواج للمرأة الواحدة قاعدة تتعلق بالنظام العام فى مصر إذ أن اجازة ذلك تؤدى الى اختلاط الانساب ولا يبدولنا ان هناك من التشريعات المعاصرة ما يجيز تعدد الأزواج للمرأة الواحدة ، أما عن تعدد الزوجات فقد سبق ان اشرنا الى أن محكمة النقض قد اعتبرت ان مبدأ منع تعدد الزوجات يعد من المبادئ المتعلقة بجوهر العقيدة المسيحية وأنه لا يجوز اهدار هذا المبدأ حتى ولو كانت الشريعة الإسلامية هى التى تحكم النزاع بسبب تخلف شروط تطبيق الشريعة الخاصة.(٣٩٠)

ولذلك فقد نصت المادة ٢٥ من مجموعة ١٩٣٨ على أنه "لا يجوز لأحد الزوجين ان يتخذ زوجا ثانيا مادام الزواج قائما" ، ونصت المادة ٥٩

(٣٨٩) راجع تفصيلا - أحمد سلامة - السابق ٥٨٢ وما بعدها.
(٣٩٠) راجع نقض ١٩٧٩/١/١٧ فى الطعنين رقمى٢٦/١٦ لسنة ٤٨ ق-مجموعة س٣٠ ص ٢٧٦ ، ونقض ١٩٨٦/٤/٢٢ فى الطعن رقم ٦٢ لسنة ٥٤ ق-مجموعة س ٣٧ ص ٤٥٧ وراجع ما سبق تفصيلا تحت عنوان "لايجوز تعدد الزوجات للزوج المسيحى".

من الإرادة الرسولية على أن "البند ١- من كان مقيدا بوثاق زواج سابق ولو غير مكتمل يحاول باطلا عقد الزواج ، هذا مع مراعاة امتياز الايمان.

البند ٢- وان كان الزواج السابق لغوا او انحل لسبب من الاسباب ، فلا يجوز عقد زواج آخر قبل ان يثبت يقينا بموجب الشرع بطلان الزواج السابق او انحلاله".

ويلاحظ ان العبرة بابرام الزواج فيقوم المانع حتى ولو لم يتم الدخول، فاذا انقضى الزواج القائم بالطلاق او الوفاة فان المانع يزول.[٣٩١]

ويشير بعض الفقه الى وجود استثناء على هذه القاعدة فى شريعة الكاثوليك فى حالة امتياز الايمان او الامتياز البولسى ، وذلك اذا اعتنق كافر المسيحية وكان متزوجا وبقى الزوج الآخر على كفره فيمكن للزوج المسيحى ان يعقد زواجا جديدا ويبطل العقد الاول بمجرد ابرام العقد الجديد[٣٩٢] فنصت المادة ١٠٩ من الإرادة الرسولية على ان " يحل الزواج الناموسى بين غير المعتمدين وإن كان مكتملا ، مراعاة للايمان بقوة الامتياز البولسى". و" .... يحق للفريق المعتمد ان يبرم عقد زواج مع شخص كاثوليكى ......" م١١٢ و"لايحل وثاق الزواج الاول المعقود خارجا عن الايمان الا عند ما يعقد فعلا الفريق المؤمن زواجا جديدا صحيحا" م ١١٥.

ولا يبدو لنا ان هذه الحالة تمثل استثناء حقيقيا على مبدأ منع تعدد الزوجات او الازواج اذ ينحل الزواج الاول فى ذات اللحظة التى ينعقد فيها

---

(٣٩١) راجع حسام الاهوانى - السابق ص ٤٤١ ، ٤٤٢.
(٣٩٢) راجع - توفيق فرج - السابق ص ٥٣٠.

الزواج الثانى ، ويؤيد رأينا هذا ان الفقه يتناول هذه الحالة ايضا باعتبارها احدى حالات انحلال الزواج فى المذهب الكاثوليكى(٣٩٣)

رابعا: مانع الدرجات المقدسة (الكهنوت) : (٣٩٤)

ويمقتضى هذا المانع يحرم من الزواج بعض اصحاب الرتب الدينية (رجال الكهنوت) إذ أن من يقبل هذه الدرجات الكهنونية يتنازل بذلك عن حقه فى الزواج ، وبالنسبة للإنجيليين فالكهنوت عندهم ليس مانعا من الزواج ، ولم يرد فى القواعد الخاصة بالأقباط الارثوذكس مثل هذا المانع وان كانت الكنيسة تشترط عدم الزواج فى كل رتبة كهنوتية تعلو رتبه القسيس والقمص، ولاتختار من يشغلون هذه الدرجات الامن بين الرهبان وتحرم عليهم الزواج ، ولكن اذا تزوجوا فان زواجهم لا يكون باطلا ، كل ما هناك ان صفاتهم الكهنوتية تسقط عنهم ، وهكذا فانه يجوز الزواج حتى بالنسبة لشاغلي الدرجات الكهنوتية العليا ، وان كان من شأن ذلك فقداتهم لرتبهم الدينية.

أما عند الكاثوليك فان الكهنوت يعتبر مانعا من الزواج بالنسبة لدرجات معينة والا كان الزواج باطلا. (٣٩٥)

وهكذا لا يعتبر الكهنوت مانعا من الزواج الا عند الكاثوليك وبالنسبة لدرجات معينة من رجال الكهنوت.

---

(٣٩٣) على سبيل المثال - توفيق فرج - السابق ص ٩٤٠، حسام الاهوانى - السابق ص٦٢٥.

(٣٩٤) راجع تفصيلا - توفيق فرج - السابق ص ٥٣٢ وما بعدها.

(٣٩٥) فنصت المادة ٦٢ من الإرادة الرسولية على ان "البند ١- يبطل الزواج الذى يحاول عقده الاكليريكيون ذوو الدرجات الكبرى. البند ٢- وتطلق على درجة الشماس الرسائلى عين القوة التى للدرجات الكبرى فى ابطال الزواج".

خامسا: مانع النذر (الرهبنة) : (٣٩٦)

الرهبانية نظام قائم فى المسيحية ، شجعته السلطات الكنسية منذ القدم وهو نذر اختيارى يقطعه الشخص على نفسه بان يتجرد من ملذات الدنيا وشهواتها مؤثرا حياة الزهد واذلال النفس على الآباء والأبناء والزوجة والمال، ومن ذلك نرى ان الرهبانية ليست وظيفة من وظائف الكهنوت الذى يتولى رجاله سياسة امور الكنيسة (٣٩٧) وهو نظام معترف به فى مصر وهو ما قضت به محكمة النقض. (٣٩٨) ولا يعترف الانجيليون بالرهبانية اصلا فلا تعد عندهم من موانع الزواج بطبيعة الحال ، اما الأقباط الارثوذكس فان المجموعات الجديدة عندهم لا تشير الى هذا المانع لان الرهبانية نظام اختيارى يجوز العدول عنه وبذلك فاذا تزوج الراهب فان زواجه صحيح

---

(٣٩٦) راجع تفصيلا – توفيق فرج – السابق ص ٥٣٣ وما بعدها ، احمد سلامة – السابق ص ٥٧٨ وما بعدها.

(٣٩٧) توفيق فرج – السابق ص ٥٣٣.

(٣٩٨) "الرهبنة نظام متبع لدى بعض الطوائف المسيحية فى مصر وقد اعترفت به الحكومة المصرية فمنحت الرهبان على اختلاف درجاتهم بعض المزايا ، فاعفتهم من الخدمة العسكرية (الامر العالى الصادر فى ١٧ مارس ١٨٨٦) واعفتهم كذلك من الرسوم الجمركية (الامر السلطانى الصادر فى ٧ ذى الحجة ١٢٨١) وجاء فى المادة ١٤ من الامر العالى الصادر فى ١٤ مايو سنة ١٨٨٣ بترتيب واختصاصات المجلس الملى لطائفة الأقباط الارثوذكس (ان المجلس الملى يختص بحصر عدد الكنائس وقسسها وخدمتها وعدد الاديرة والرهبان الموجودين فيها الآن والذين يوجدون فيها فى المستقبل كما يختص بالمحافظة على تنفيذ قوانين الكنيسة المتعلقة بقبول الرهبان فى الاديرة) وهذه المادة صريحة فى ان للرهبنة نظاما خاصا يجب احترامه والعمل على نفاذ احكامه.

"وحيث ان من قواعد الرهبنة ان كل ما يقتنيه الراهب بعد انخراطه فى سلك الرهبنة يكون ملكا للبيعة التى كرس حياته لخدمتها ... وحيث انه يؤخذ من الاحكام الكنسية ان الاموال التى تؤول الى الرهبان عن طريق وظائفهم او بسببها تصبح ملكا للبيعة إذ الراهب يدخل الدير فقيرا مجردا عن كل مال كى يتثقف ويربى تربية دينية على حساب الدير راضيا بالنظام الكنسى القاضى بان كل ما يصيبه من رزق لا يملك فيه شيئا بل يكون ملكا للكنيسة . وهذا التراضى الذى جرى العرف الكنسى باتباعه ليس فيه ما يخالف مبادئ النظام العام واحكام القانون فى شئ ما" نقض ١٤/٥/١٩٤٢ فى الطعن رقم ٥٧ لسنة ١١ق – مجموعة عمر – الجزء الثالث ص ٤٣١.

ولكن ذلك يعتبر عدو لا منه عن الرهبنة وعليه ان يتحمل الجزاء الدينى لذلك.(٣٩٩)

اما عند الكاثوليك فيفرق بين النذر البسيط او النذر الخاص وهو الذى يقطعه الانسان على نفسه بالتزام حياة البتولية دون ان يتم هذا العهد امام الكنيسة ، والنذر الرسمى او الاحتفالي وهو العهد الذى يقطعه الانسان على نفسه امام الكنيسة ووفقا للاجراءات الدينية المتبعة فى ذلك(٤٠٠) ، فالنذر البسيط لا يعتبر فى الاصل مانعا مبطلا من موانع الزواج ولو أنه يعد من الموانع المحرمة ، الا اذا تقرر ابطال الزواج بمرسوم خاص من الكرسى الرسولى ، اما النذر الرسمى او الاحتفالى فيعتبر مانعا مبطلا من الزواج(٤٠١)

---

(٣٩٩) وقد اختلف فقه الأقباط الارثوذكس فى هذه المسألة بين اعتبارها مكروهة فقط او مانعا من الزواج ، راجع فى عرض هذا الخلاف - توفيق فرج - السابق ص ٥٣٥ وان كانت مجموعة الروم الارثوذكس والسريان الارثوذكس تعتبره مانعا قطعيا من الزواج - ذات المرجع ص ٥٣٥ هامش (٣).

(٤٠٠) راجع توفيق فرج - السابق ص ٥٣٦ ، وايضا احمد سلامة ص ٥٨١.

(٤٠١) نصت المادة ٤٨ من الإرادة الرسولية على ان : "البند ١- يحرم الزواج:
١- النذر العمومى بحفظ العفة الكاملة المبرزة فى الترهب البسيط اى الصغير.
٢- النذر الانفرادى بحفظ البتولية او العفة الكاملة او العزوبة او بانتحال حالة الرهبانية ، كذلك النذر الانفرادى بقبول درجة الشماس الرسائلى او احدى الدرجات الكبرى فى الطقوس التى يلتزم فيها الاكليريكيون بالمحافظة على العزوبة المقدسة منذ نيلهم درجة الشماس الرسائلى.
البند ٢- اذا استثنى النذر الاحتفالى اى النذر المبرز فى الترهب الكبير ، فما من نذر آخر يبطل الزواج الا اذا تقرر ذلك فى حق البعض بموجب موسوم خاص من الكرسى الرسولى".
ونصت المادة ٦٣ منها على أنه "يحاول عقد الزواج باطلا الرهبان ذوو النذور الاحتفالية التى تبرز فى الترهب الكبير وكذا من ابرز نذر العفة خارجا عن هذا الترهب اذا اضيفت الى هذا النذر قوة ابطال الزواج بمرسوم خاص من الكرسى الرسولى".

سادساً: العدة: (٤٠٢)

العدة هى فترة يتعين على المرأة انتظارها بعد انقضاء الزواج حتى يمكنها ابرام زواج جديد والغرض منها هو التأكد من براءة الرحم من الحمل منعا من اختلاط الانساب ، كما تعتبر فترة حداد فى حالة وفاة الزوج وفاء لذكراه.

وقد نصت المادة ٢٦ من مجموعة ١٩٣٨ للاقباط الارثوذكس على انه "ليس للمرأة التى مات زوجها او فسخ زواجها ان تعقد زواجا ثانيا الا بعد انقضاء عشرة اشهر ميلادية كاملة من تاريخ الوفاة او الفسخ . ولكن يبطل هذا الميعاد اذا وضعت المرأة بعد وفاة زوجها او بعد فسخ عقد الزواج ، ويجوز للمجلس الملى (محكمة الاحوال الشخصية حاليا) ان يأذن بتنقيص هذا الميعاد متى ثبت له بصفة قاطعة من ظروف الاحوال ان الزوج السابق لم يعاشر زوجته منذ عشرة شهور" وتكاد هذه المادة ان تكون منقولة نقلا حرفيا عن نص المادة ٢٢٨ من القانون المدنى الفرنسى (٤٠٣) ووفقا لنص المادة ٢٦ المذكورة تكون العدة واجبة اذا ما انحلت الرابطة الزوجية لاى سبب سواء كان ذلك بسبب الوفاة او صدور حكم بالتطليق او فى حالة ابطال الزواج ، ويلاحظ ان الحامل تنتهى عدتها بوضع الحمل وهو حكم مماثل لحكم الشريعة الإسلامية.

---

(٤٠٢) راجع تفصيلا – توفيق – السابق ص ٣٧ وما بعدها ، احمد سلامة ص ٥٨٤ وما بعدها.

(403) Art. 228. La femme ne peut contracter un nouveau mariage qu' après trois cents jours révolus depuis la dissolution du mariage précédent.
Ce délai prend fin en cas d'accouchement après le décès du mari. Il prend fin également si la femme produit un certificat médical attestant qu'elle n'est pas en état de grossesse.
Le président du tribunal de grande instance dans le ressort duquel le mariage doit être célébré peut, par ordonnance, sur simple requête, abréger le délai prévu par le present article, lorsqu'il résulte avec évidence des circonstances que, depuis trois cents jours, le précédent mari n'a pas cohabité avec sa femme.

أما عن المذهبين الكاثوليكى والبروتستانتى فلا يعرفان فترة العدة ولم ترد بشأنها نصوص في القواعد الخاصة بهما ، ولذلك يصح الزواج بعد انقضاء الزوجية السابقة مباشرة وهو حل يخالف النظام العام فى مصر الذى لا يجيز اى وضع يؤدى الى اختلاط الانساب فتطبق هنا قواعد العدة الواردة بالشريعة الإسلامية. (٤٠٤)

المجموعة الثانية
الموانع النسبية

يترتب على وجود المانع النسبى عدم جواز ابرام الزواج بالنسبة لبعض الاشخاص فقط وهم الذين يتحقق بالنسبة لهم هذا المانع ، وتشمل هذه الموانع القرابة بانواعها ومانع الحشمة العامة ومانع الجريمة ومانع اختلاف الدين.

اولا: مانع القرابة : (٤٠٥)

تجرى مختلف القوانين على جعل القرابة مانعا من الزواج لدرجة معينة مراعاة لعدة اعتبارات منها ما رسخ فى الاعتقاد من ان زواج الاقارب يؤدى لاضعاف النسل واحتمال الاصابة بالامراض الوراثية بنسبة اكبر من زواج غير الاقارب ، ولان الحياة العائلية تجمع بين افراد الاسرة تحت سقف واحد وقد تؤدى إجازة الزواج بينهم الى الفوضى فى العلاقات الجنسية ، كما

---

(٤٠٤) راجع تفصيلا - توفيق فرج - السابق ص ٥٤٠ ، ٥٤١ ، أحمد سلامة - السابق ص ٥٨٨.

(٤٠٥) راجع تفصيلا - أحمد سلامة - السابق ص٥٥٢ وما بعدها.

ان الزواج من عائلات اخرى يدعم الترابط بين العائلات فى المجتمع الواحد(٤٠٦)

وللقرابة صور عديدة تشترك فى بعضها جميع التشريعات ويقتصر بعضها الآخر على تشريعات معينة وسنتناول هذه الانواع على التعاقب فى الشرائع المسيحية المختلفة:

١- قرابة الدم او قرابة النسب:

هى الرابطة التى تجمع بين اشخاص ينحدرون من اصل مشترك او يتفرع احدهم عن الآخر . وهى اما ان تكون قرابة مباشرة وهى القرابة بين الاصول والفروع ، اوكما يطلق عليها فى شرائع بعض الطوائف المسيحية "القرابة على الخط المستقيم" مثل القرابة بين الاب وابنته او بين الجد وحفيدته، وقد تكون قرابة غير مباشرة وتكون بين الذين يجمعهم اصل مشترك دون ان يكون اى منهم فرع للآخر مثل القرابة بين الرجل وخالته او ابنة خالته او ابنة عمه ويطلق عليها ايضا "القرابة على الخط المنحرف او غير المستقيم" فى شرائع بعض الطوائف المسيحية.

ولا تختلف طريقة حساب درجة القرابة لدى الطوائف المسيحية عن الطريقة التى نص عليها القانون المدنى المصرى ، وقد نصت المادة ٣٦ منه على ان "يراعى فى حساب درجة القرابة المباشرة ، اعتبار كل فرع درجة عند الصعود للأصل بخروج هذا الاصل ، وعند حساب درجة الحواشى تعد

(٤٠٦) راجع تفصيلا – توفيق فرج – السابق ص ٥٤٢ ، ٥٤٣.

الدرجات صعودا من الفرع للاصل المشترك ، ثم نزولا منه الى الفرع الآخر، وكل فرع فيما عدا الاصل المشترك يعتبر درجة" (٤٠٧)

وقد اتفقت جميع الطوائف المسيحية فى اعتبار قرابة الدم المباشرة مانعا مبطلا للزواج بالنسبة لاى درجة من درجات القرابة ، فلا يجوز ان يتزوج الرجل من فروعه مهما نزلت او من اصوله مهما علت ، فنصت المادة ٢١/أ من مجموعة ١٩٣٨ للاقباط الارثوذكس على ان : " تمنع القرابة من الزواج : (أ) بالاصول وان علوا والفروع وان سفلوا" ونصت المادة ٦٦ بند ١ من الإرادة الرسولية على أن "الزواج لاغ فى الخط المستقيم من القرابة الدموية بين كل من الاقارب الصاعدين والنازلين شرعيين كانوا ام طبيعيين" ويلاحظ ان الزواج يبطل حتى ولو كان الاطراف حسنى النية كما يبطل الزواج ايضا حتى ولو كانت الصلة بين الاصل والفرع غير شرعية (٤٠٨)

اما بالنسبة لقرابة الدم غير المباشرة فقد اختلفت بشأنها المذاهب المسيحية فتفرق المادة ٢١ د من مجموعة ١٩٣٨ بين فروع الابوين (الاخوة والاخوات) وفرع الجدين (الاعمام والعمات والاخوال والخالات وابنائهم). فلا يجوز الزواج من فروع الابوين مهما نزلت ، اما فروع الجدين فلا يجوز الزواج منها لدرجة واحدة فقط فلا يجوز للشخص ان يتزوج من اختــه

---

(٤٠٧) وقد نصت المادة ٦٦ بند ٤ من الإرادة الرسولية على ذلك صراحة فجاء بها "١- القرابة الدموية تحسب على خطوط ووجوه.
٢- ففى الخط المستقيم عدد الوجوه (الدرجات) بقدر الاشخاص ما عدا الاصل.
٣- اما فى الخط المنحرف فعدد الوجوه (الدرجات) بعدد الاشخاص فى كلا الجانبين ما عدا الاصل"

(٤٠٨) راجع تفصيلا - توفيق فرج - السابق ص٥٤٥ والفقه القبطى الارثوذكسى الذى أشار اليه ونصت على ذلك صراحة المادة : ٦٦ بند ١ من الإرادة الرسولية فأوردت عبارة شرعيين كانوا ام طبيعيين" ومع التحفظ بانه قد يحدث عملا الا يتسنى الكشف عن وجود رابطة غير شرعية بين الاصل والفرع.

وفروعها وان نزلن وهكذا ولا يجوز للرجل ان يتزوج من عمته او خالته ولكنه يستطيع الزواج من بناتهن والامر كذلك بالنسبة للمرأة ايضا (٤٠٩) ويبدو التطابق هنا بين حكم شريعة الأقباط الارثوذكس والشريعة الإسلامية (٤١٠)

اما عن الكاثوليك فلم تفرق الإرادة الرسولية بالنسبة لقرابة الحواشى بين فروع الابوين وفرع الجدين ومنعت الزواج بالنسبة لهم جميعا حتى الدرجة السادسة (٤١١) اما الإنجيليين فلم يضع قانونهم قواعد عامة مثل القواعد سالفة الذكر واكتفت المادة السابعة منه بتعداد الاقارب الذين يحرم الزواج منهم.(٤١٢)

---

(٤٠٩) وزادت المادة ٢١ الايضاح فقررت "يحرم على الرجل ان يتزوج من امه وجدته وان علت ، وبنته وبنت بنته وبنت ابنه وان سفلت ، واخته وبنت اخته وبنت اخيه وان سفلت ، وعمته وعمة اصوله وخالته وخالة اصوله . وتحل له بنات الاعمام والعمات وبنات الاخوال والخالات . وكما يحرم على الرجل ان يتزوج بمن ذكرن يحرم على المرأة التزوج بنظيره من الرجال ويحل للمرأة ابناء الاعمام والعمات وابناء الاخوال والخالات".

(٤١٠) "حرمت عليكم امهاتكم وبناتكم واخواتكم وخالاتكم وبنات الاخ وبنات الاخت". النساء٢٣.

(٤١١) راجع المادة ٦٦ بند ٢ من الإرادة الرسولية.

(٤١٢) نصت المادة ٧٠ من قانون الانجيليين على انه" فى حالة خلو الشرائع الروحانية للكنيسة التابع لها الطرفان من نص صريح يحدد درجات القرابة المحرمة للزواج ، لا يحل للرجل ان يتزوج:
١- ام أبيه ٢- ام أمه ٣- ام زوجته ٤- امه ٥- اخت ابيه ٦- اخت امه ٧- اخت زوجته ٨- اخته شقيقته ٩- زوجة جده ١٠- زوجة ابيه ١١- زوجة عمه ١٢- زوجة خاله ١٣- زوجة اخيه ١٤- زوجة ابن اخيه ١٥- زوجة ابن اخته ١٦- زوجة ابنه ١٧- بنت امه ١٨- بنت ابيه ١٩- بنت اخيه ٢٠- بنت اخته ٢١- بنت اخى زوجته ٢٢- بنت اخت زوجته ٢٣- بنته ٢٤- بنت بنته ٢٥- بنت ابنه ٢٦- بنت زوجته ٢٧- بنت بنت زوجته ٢٨- بنت ابن زوجته ٢٩- بنت زوجة ابيه - ونصت المادة ايضا على تحريم نظائرهن من الرجال على المرأة ، وقد صدر قرار المجلس الملى الانجيلى العام بتاريخ ٥ يوليو سنة ١٩٣٤ بالتصريح بزواج اخت الزوجة المتوفاة - اشار اليه - فتيحة قرة - تشريعات الاحوال الشخصية ص ٤٠١.

٢- قرابة المصاهرة : (٤١٣)

قرابة المصاهرة هى التى تنشأ بين كل من الزوجين واقارب الزوج الآخر بمناسبة الزواج وقد جرت التشريعات على وضعها ضمن موانع الزواج ايضا اذ انه بالزواج يدخل كل من الزوجين بصورة ما فى اسرة الآخر ، وبذلك يتسنى له الحياة فى صحبة اقارب زوجه وهذا ما يقتضى حماية الروابط بينهم (٤١٤) ويجدر بالذكر ان المادة ٣٧ من القانون المدنى قد نصت على ان "اقارب احد الزوجين يعتبرون فى نفس القرابة والدرجة بالنسبة الى الزوج الآخر"

وقد اختلفت المذاهب فى مدى التحريم فى هذه الحالة وان كنا نلاحظ ان مختلف المذاهب المسيحية قد توسعت الى حد كبير فى اقارب المصاهرة الذين يحرم الزواج منهم والفرض هنا بطبيعة الحال ان يتم ذلك بعد انقضاء الزوجية السابقة إذ أن الجمع بين اكثر من زوج غير جائز فى الشريعة المسيحية.

وقد نصت المادة ٢٢ من مجموعة ١٩٣٨ للاقباط الارتوذكس على أن: "تمنع المصاهرة من زواج الرجل:

(أ) باصول زوجته وفروعها فلا يجوز له بعد وفاة زوجته ان يتزوج بأمها او جدتها وان علت ولابنتها التى رزقت بها من زوج آخر او بنت ابنها او بنت بنتها وان سفلت.

(ب) بزوجات اصوله وزوجات فروعه واصول اولئك الزوجات وفروعهن ، فلا يجوز له ان يتزوج بزوجة والده او جده او أمها اوجدتها اوبنتها

---

(٤١٣) راجع تفصيلا - توفيق فرج - السابق ص ٥٥١ وما بعدها.

(٤١٤) راجع - توفيق فرج - السابق ص ٥٥١.

اوبنت ابنها أو بنت بنتها ولا بزوجة ابنــه او حفيده او أمهـا او جدتهـا او بنتها او بنت ابنها او بنت بنتها.

(جـ) بأخت زوجته ونسلها وبنت اخيها ونسلها.

(د) بزوجة أخيه وأصولها وفروعها.

(هـ) بعمة زوجته وزوجة عمها وخالتها وزوجة خالها.

(و) بأخت زوجة والده واخت زوج والدته وأخت زوجة ابنه واخت زوج بنتـه وما يحرم على الرجل يحرم على المرأة".

أما الإرادة الرسولية للكاثوليك فقد توسعت اكثر من ذلك فـى التحريـم بسبب قرابة المصاهرة (وتسميها القرابة الاهلية) فتشمل :

أ- *قرابة المصاهرة التى تنشأ بيـن كـل مـن الزوجيـن واقـارب الـزوج الآخـر الدمويين:* (٤١٥)

ومثالها قرابة الزوج لاخت زوجته ولابنه اخت زوجته اولام زوجته وهكذا ، وقد اعتبرت شريعة الكاثوليك كل من الزوجيـن قريبـا لاقـارب الـزوج الآخـر الدمويين فـى نفس درجـة القرابـة التـى لـلزوج الآخـر ، وفرقت بيـن اقربـاء الزوجة قرابة مباشرة (اصولها وفروعها) وهؤلاء لا يجوز الزواج منهن وان علون او نزلن ، وبين اقربائها قرابة غير مباشرة (قرابة الحواشى مثل عمتهـا

---

(٤١٥) وقد نصت عليها المادة ٦٨ البند ١ من الإرادة الرسولية.
"البنـد ١- ١- القرابـة الاهليـة تنشـأ عـن الـزواج الصحيـح وان كـان غير مكتمـل (اى لـم يحصل دخول).
٢- وهى تقوم بين احد الزوجين واقارب الزوج الآخر الدمويين.
٣- مقدار قرابة شخص لاحد الزوجين قرابـة دمويـة مقدار قرابتـه الاهليـة لـلزوج الآخـر خطا ووجها".

او خالتها) فلا يجوز الزواج منهن حتى الدرجة الرابعة ، والامر كذلك بالنسبة للمرأة.(٤١٦)

ب- قرابة المصاهرة التى تنشأ بين اقارب كل من الزوجين الدمويين واقارب الزوج الآخر الدمويين: (٤١٧)

ومثالها القرابة بين أخ الزوج واخت الزوجة . ونلاحظ هنا فورا مخالفة هذا النوع من قرابة المصاهرة للقواعد العامة فى القانون المدنى المصرى إذ أن قرابة المصاهرة لا تنشأ الا بين الزوج واقارب الزوج الآخر الدمويين فقط ولا تنشأ بين اقارب الزوج وأقارب الزوج الآخر.

ويتم حساب درجة هذه القرابة بجمع درجة القرابة بين القريب والزوج الذى يرتبط به مع درجة قرابة قريب الزوج الآخر ، فأخ الزوج هو قريب له من الدرجة الثانية ، وأخت الزوجة قريبة لها من الدرجة الثانية ، فاذا جمعنا هاتين الدرجتين فان قرابة أخ الزوج لأخت الزوجة تكون من الدرجة الرابعة (٤١٨) وقد منعت الإرادة الرسولية الزواج بسبب هذا النوع من

(٤١٦) نصت المادة ٦٧ البند ١ من الإرادة الرسولية على أن "١- القرابة الاهلية الواردة فى (المادة) ٦٨ البند ١ تبطل الزواج فى الخط المستقيم فى الوجوه جميعا وفى الخط المنحرف حتى الدرجة الرابعة.

(٤١٧) وقد ورد النص عليها بالبند الثانى من المادة ٦٨ من الإرادة الرسولية "١- القرابة الاهلية المذكورة فى البند الاول العدد الاول تنشأ ايضا بقوة الحق الخاص بين اقرباء الرجل الدمويين واقرباء المرأة الدمويين" ويطلق على النوعين الاول والثانى من قرابة المصاهرة "قرابة المصاهرة الاصلية" - راجع هذا اللفظ بالبند ٣ من المادة : ٦٨ من الإرادة الرسولية (رقم ٣ ، ٤)

(٤١٨) "وطريقة عدها ان يكون وجه القرابة الاهلية معادلا لمجموع وجوه القرابة الدموية الحاصلة بين من هما قريبان قرابة اهلية من جهة والزوجين اللذين نشأت عن زواجهما القرابة الاهلية من جهة أخرى" بند ٢ من المادة ٦٨ من الإرادة الرسولية.

القرابة حتى الدرجة الرابعة ، فلا يجوز اذن ان يتزوج اخ الزوج من اخت الزوجة. (٤١٩)

جـ- قرابة المصاهرة التى تنشأ بين احد الزوجين واقارب الزوج الآخر بالمصاهرة:(٤٢٠)

ومثال ذلك : تزوج جورج من مارى ، فتكون ام جورج قريبة بالمصاهرة لمارى من الدرجة الاولى ، ثم توفى جورج فتزوجت مارى من ميشيل ، فتكون ام جورج (الزوج الاول) قريبة بالمصاهرة ايضا لميشيل من الدرجة الاولى فاذا توفيت مارى فلا يجوز لميشيل ان يتزوج ام جورج (التى كانت ام زوج زوجته السابقة)(٤٢١)

ومثال ذلك ايضا ان يكون لماريان زوجة اب هى جوزفين فتكون الاخيرة قريبة للاولى بالمصاهرة من الدرجة الاولى ، ويكون لماريان زوج هو موريس ، فاذا توفى زوج جوزفين (ابو ماريان) وتوفيت ماريان ايضا ، فلا يجوز لموريس ان يتزوج من جوزفين (التى كانت زوجة ابى زوجته) (٤٢٢) وتمنع هذه القرابة الزواج للدرجة الاولى فقط. (٤٢٣) وتحسب درجة القرابة باعتبار أن اقارب المصاهرة لاحد الزوجين فى نفس درجة القرابة بالمصاهرة

---

(٤١٩) "٢- القرابة الاهلية المنصوص عليها فى (المادة) ٦٨ البند ٢ تبطل الزواج حتى الوجه الرابع" م٦٧ بند ١ من الإرادة الرسولية.

(٤٢٠) وتسميها الإرادة الرسولية "القرابة الاهلية الفرعية" وقد نص عليها البند ٣ من المادة ٦٨ من الإرادة الرسولية . ١- فضلا عما سبق ، تنشأ القرابة الاهلية الفرعية بقوة الحق الخاص عن زواجين صحيحين وان كانا غير مكتملين وذلك اذا ابرم شخصان عقد زواج: (أ) مع شخص ثالث بعينه الواحد تلو الأخر ، بعد انحلال الزواج.
(ب) او اذا ابرم شخص عقد الزواج مع شخصين تربطهما قرابة دموية".

(٤٢١) وهذه هى الحالة (أ) بالهامش السابق.

(٤٢٢) وهذه هى الحالة (ب) بالهامش قبل السابق.

(٤٢٣) "القرابة الأهلية المذكورة فى (المادة) ٦٨ البند ٣ تبطل الزواج فى الوجه الاول" البند ١ من المادة ٦٧ من الإرادة الرسولية.

بالنسبة للزوج الآخر ، وفى المثال السابق تعتبر زوجة الأب قريبة من الدرجة الاولى لزوج ابنة زوجها السابق. [٤٢٤]

ويبدو لنا ان شبهة مخالفة النظام العام تثور بشأن هذا التوسع الكبير فى تجريم الزواج بسبب قرابة المصاهرة على نحو يحرم الزواج من بعض الاشخاص رغم ان الصلة بهم تكون بعيدة جدا وهو ما قد يعد قيدا على حرية الزواج التى تعد من النظام العام ، خاصة وأن القضاء الحديث لمحكمة النقض يؤكد على الصفة الاستثنائية لقرابة المصاهرة فقد قضت محكمة النقض بأن قرابة المصاهرة هى "قرابة إعتبارية محدودة الأثر وموقوتة بقيام سبب إنشائها فلا يثبت بها إرث ولا تقوم بها نفقة أقارب أو حضانة للصغير" [٤٢٥]

أما بالنسبة للانجيليين فقد سبق ان ذكرنا ان المادة ٧ من قانونهم قد حصرت الاقرباء الذين لا يجوز الزواج منهم سواء كانوا اقارب بالنسب ام بالمصاهرة. [٤٢٦]

٣- القرابة الروحية:

القرابة الروحية هى القرابة الناشئة عن العماد المقدس والتى تقوم بين خادم سر العماد وهو الشبين (او الإشبين) من جهة وبين الشخص المعمد ووالديه من جهة اخرى [٤٢٧] ، ذلك ان الشبين بالنسبة للطفل المعمد بمثابة

---

(٤٢٤) "وطريقة عد هذه القرابة الاهلية القائمة بين احد الزوجين واقارب الزوج الآخر الاهليين ان كانوا من اقرباء الرجل قرابة اهلية اصلية عن زواج آخر هم بالوجه نفسه (اى بالدرجة نفسها) اقرباء المرأة قرابة اهلية فرعية وبالعكس" البند ٣ من المادة ٦٨ من الإرادة الرسولية .

(٤٢٥) نقض ١٩٩٥/١١/٢٦ فى الطعن رقم ٢١٩ لسنة ٦١ ق - لم ينشر بعد.

(٤٢٦) راجع ما سبق . هامش (٤١١).

(٤٢٧) "التعميد امر له كبير اهمية فى الديانة المسيحية من جهة انه مظهر الايمان المسيحى ، وان له آثارا تتعلق بحرمة الزواج لان إشبينة الطفل وهى التى تتقبله وقت تعميده تحرم عليه هى واصولها وفروعها ويحرم عليها اصوله وفروعه ثم تمتد الحرمة الى ابعد من ذلك بين =

الاب الروحى وتنشأ بينهما قرابة روحية يترتب عليها قيام صلة قرابة كذلك بالنسبة لوالدى الطفل الحقيقيين ، فيكون الشبين بمثابة الاب للطفل المعمد ويكون ابناؤه بمثابة اخوته ، وقد تمت المغالاة فى هذا المانع فى الماضى الا انه تم التضييق منه بعد ذلك ، وقد كان الفقه التقليدى للاقباط الارثوذكس يعتبر القرابة الروحية من موانع الزواج الا ان مجموعتى ١٩٣٨ و ١٩٥٥ لم تتضمنا اى اشارة اليها.(٤٢٨)

اما عن الكاثوليك فاحتفظت الإرادة الرسولية بالقرابة الروحية كمانع للزواج(٤٢٩) مع ملاحظة ان هذا المانع من الموانع الكنسية فيجوز التفسيح منه.(٤٣٠)

٤- القرابة القانونية (التبنى)

التبنى نظام قانونى يقوم فيه شخص باتخاذ آخر ولدا له ينسبه اليه دون ابيه وقد نصت المادة ٢٣ من مجموعة ١٩٣٨ للأقباط الارثوذكس على

= اصولها وفروعها (تراجع المسألة السابعة عشرة من موانع الزوجية فى الخلاصة القانونية للاب الايغومانس فيلوثاوس) ولهذا كان التعميد موضع اهتمام البطاركة من جهة العناية بقيد المعمدين واسماء ابائهم وامهاتهم وأشابينهم وتاريخ تعميدهم والتوجيه بالمحافظة على سجلات القيد حتى تبقى مصونة من التلف وقد كانوا يصدرون الاوامر المشددة بذلك الى الجهات.
والتعميد الذى هذا شأنه والذى جعلت له سجلات خاصة تحت اشراف المجلس لايجوز ان تقبل فى شأنه شهادة هى مجرد اخبار من اناس ليست لهم صفة قانونية فى اعطاء مثل هذه الشهادة".
حكم المحكمة العليا الشرعية فى ١٩٤٣/٦/١٤ فى القضية رقم ١٤٥ لسنة ١٩٤١ - اورده احمد نصر الجندى - مبادئ القضاء فى الاحوال الشخصية - الطبعة الثالثة ١٩٨٦ ص ٦٢٦.

(٤٢٨) راجع توفيق فرج - السابق ص ٥٥٨ ، ويشير الى وجود هذا المانع لدى الروم الارثوذكس والسريان الارثوذكس - ذات المرجع ص ٥٥٩ هامش (٣).

(٤٢٩) فنصت المادة ٧٠ منها على ان "البند ١- يبطل الزواج بالقرابة الروحية المنصوص عليها فى البند الثانى.
البند ٢- (أ) العماد ينشئ قرابة روحية بين الاشبين من جهة والمعتمد ووالديه من جهة اخرى.
(ب) اذا اعيد التعميد شرطا ، فلا تحصل للاشبين قرابة روحية الا اذا قام هو نفسه بدور الاشبين فى اعادة التعميد".

(٤٣٠) راجع توفيق فرج - ص ٥٦١ ، وراجع المادة ٣٢ بند ١ رقم ٤ من الإرادة الرسولية ويتضح منها جواز التفسيح (الاعفاء) من مانع القرابة الروحية.

انه "لايجوز الزواج :

(أ) بين المتبنى والمتبنى وفروع هذا الاخير.

(ب) بين المتبنى واولاد المتبنى الذين رزق بهم بعد التبنى.

(جـ) بين الاولاد الذين تبناهم شخص واحد.

(د) بين المتبنى وزوج المتبنى وكذلك بين المتبنى وزوج المتبنى."

أما الإرادة الرسولية للكاثوليك فقد نصت على أنه "حيث يمنع الشرع المدنى الزواج بسبب الوصاية او القرابة الشرعية الناشئة عن التبنى يحرم الزواج بقوة الحق القانونى" واضافت المادة ٧١ "ان الذين يعدون غير قابلين بقوة الشرع المدنى لعقد زواج بينهم بسبب الوصاية او القرابة الشرعية الناشئة عن التبنى ، لايستطيعون بقوة الشرع القانونى ان يعقدوا زواجا صحيحا فيما بينهم"

ويتضح من هذين النصين ان الإرادة الرسولية تحيل الى القانون المطبق بالدولة فإذا كان هذا الاخير يعتبر التبنى مانعا من الزواج فانه يعد كذلك بالنسبة للكاثوليك وإذا لم يكن مانعا فى القانون فإنه لا يكون كذلك بالنسبة لهم ، فإذا ارجعنا الى القانون المدنى المصرى لوجدناه لاينظم مسألة التبنى وبالتالى ليس لمانع القرابة القانونية الناشئة عن التبنى أى اثر فيه ولذلك فان الكاثوليك فى مصر لايتقيدون بمانع القرابة القانونية الناشئة عن التبنى(٤٣١) كما نشير الى عدم وجود نص يعتبر التبني من موانع الزواج لدى الإنجيليين.(٤٣٢)

---

(٤٣١) راجع – توفيق فرج ص٥٦٤.

(٤٣٢) توفيق فرج – السابق ص٥٦١ هامش (٢).

ومن المعلوم ان الشريعة الإسلامية لاتجيز التبنى وتعتبره حراما وباطلا ولاترتب عليه اى أثر قانونى.[٤٣٣]

ونرى من جانبنا ان التبنى يعد مخالفا للنظام العام فى مصر ، فمسألة القرابة وانواعها هى من المسائل التى ترتبط ارتباطا وثيقا بكيان الاسرة والمجتمع بحيث أنه لو اراد المشرع اجازة نظام التبنى لنص عليه صراحة على النحو الذى فصله المشرع الفرنسى فى القانون المدنى الفرنسى (المواد ٣١١ - ٣٤٢) ، أما القانون المدنى المصرى فانه قد تصدى لتنظيم انواع القرابة وحدد هذه الانواع واغفل اى اشارة الى نظام التبنى.

فإذا رجعنا الى نصوص القانون المدنى المصرى فاننا نلاحظ انه قد نظم موضوع القرابة على النحو التالى:

م ٣٤: "(١) تتكون اسرة الشخص من ذوى قرباه.

(٢) ويعتبر من ذوى القربى كل من يجمعهم اصل مشترك".

فقد حددت المادة السابقة ذوى القربى على سبيل الحصر وليس على سبيل المثال حيث يتضح من صياغتها انها لاتسمح بوجود آخرين يتمتعون بصفة ذوى القربى بخلاف هؤلاء الذين يجمعهم اصل مشترك ، ومن الملاحظ أن الطفل المتبنى لايجمعه بمن تبناه ولاباقاربه اصل مشترك فلا يعد من ذوى القربى.

وبعد ذلك ذكرت المادة ٣٥ نوعى قرابة الدم وهما القرابة المباشرة وقرابة الحواشى[٤٣٤] ثم أوضحت المادة ٣٦ كيفية حساب درجة

---

(٤٣٣) راجع هذا المعنى - فى احكام محكمة النقض - احمد نصر الجندى - السابق ص٢٨٧.

(٤٣٤) م ٣٥ مدنى "(١) القرابة المباشرة هى الصلة ما بين الاصول والفروع.
(٢) وقرابة الحواشى هى الرابطة ما بين اشخاص يجمعهم اصل مشترك دون ان يكون احدهم فرعا للآخر".

القرابة[٤٣٥] ثم نصت المادة ٣٧ على نوع خاص من انواع القرابة وهو قرابة المصاهرة وهى قرابة اعتبارية ذات طابع استثنائى ومن ثم لايجوز القياس عليها ولاالتوسع فى تفسيرها ، وقد قضت محكمة النقض فى حكم حديث لها بان قرابة المصاهرة هى "قرابة اعتبارية محدودة الاثر وموقوتة بقيام سبب انشائها فلا يثبت بها ارث ولاتقوم بها نفقة اقارب او حضانة للصغير"[٤٣٦]

وهكذا حدد القانون المدنى المصرى انواع القرابة فى نوعين على سبيل الحصر هما قرابة الدم وقرابة المصاهرة ولذلك فاننا نرى:

١- ان مسألة انواع القرابة قد نظمت بنصوص موحدة تسرى على جميع المصريين طالما انها قد وردت بالقانون المدنى.

٢- ان القانون المدنى المصرى قد ذكر انواع القرابة على سبيل الحصر لاعلى سبيل المثال.

٣- ان هذا التحديد لانواع القرابة متعلق بالنظام العام إذ لايمكن القول ان انشاء نوع جديد من انواع القرابة يعد من المسائل التى يترك تنظيمها لارادة الافراد فمن المسلم بـه ان المسائل التى تتعلق بالنظام العام لا يجوز للافراد تنظيمها بالاتفاق بل يرجع فيها لنص القانون.

ولذلك فاننا نرى ان ماورد بمجموعة ١٩٣٨ للاقباط الارثوذكسى من اعتبار القرابة الناشئة عن التبنى مانعا من الزواج ، يعد مخالفا للنظام العام فى مصر إذ ينشئ نوعا ثالثا من القرابة لايعترف به النظام العام فى مصر

---

(٤٣٥) يُراعى فى حساب درجة القرابة المباشرة اعتبار كل فرع درجة عند الصعود للاصل بخروج هذا الاصل ، وعند حساب درجة الحواشى تعد الدرجات صعودا من الفرع للاصل المشترك ، ثم نزولا منه الى الفرع الآخر وكل فرع فيما عدا الاصل المشترك يعتبر درجة.

(٤٣٦) نقض ١٩٩٥/١١/٢٦ فى الطعن ٢١٩ لسنة ٦١ق - لم ينشر بعد.

هو قرابة التبنى ، ولكن يلاحظ انه لما كان الزواج فى الشريعة المسيحية لايتم إلا فى الشكل الدينى ، فيبدو أن الكنيسة القبطية الارثوذكسية ستمتنع عن ابرام عقد الزواج فى حالة وجود قرابة ناشئة عن التبنى بين الطرفين المقبلين علـى الزواج وهو ما سيضع عائقا امام الاخذ بهذا الرأى من الناحية العملية.

ونشير فى نهاية حديثنا عن القرابة كمانع من موانـع الـزواج ان الفقـه القبطى الارثوذكسى قد تأثر بالشـريعة الإسـلامية فـى اعتبـار الرضـاع منشـئا لنوع من القرابة تعد مانعا من موانع الزواج ، إلا أن هـذا المـانع لـم يـرد فـى مجموعتـى ١٩٣٨ و ١٩٥٥ كمـا لـم يـرد ذكـر لهذا المــانع لـدى الطوائـف الكاثوليكية بصفه عامة كما لم يذكـره قـانون الإنجيليين ولذلـك فلايعـد مانعـا لديهم.(٤٣٧)

ثانيا: مانع الادب العمومى او الحشمة: (٤٣٨)

هو ذلك المـانع الـذى يـؤدى الى بطـلان الـزواج الـذى قـد ينفـر منـه الشـعور العـام(٤٣٩) وقـد ورد هـذا المــانع بالمـادة ٦٩ مـن الإرادة الرسـولية للكاثوليك فنصت على أن "ينشأ مانع الحشمة عن الزواج الباطل ، مكتملا كان أم لا ، وعـن التسـرى المشـتهر او العلنـى ، فيبطـل الـزواج فـى الوجـه الاول والثانى من الخط المستقيم بين الرجل واقارب المرأة الدمويين وبالعكس"

ويتضـح مـن النـص انـه يـأخذ فـى الاعتبـار مـانع الادب العمومـى او الحشمة العامة فى حالتين هما: حالة وجود زواج باطل وحالة وجـود معاشـرة غير مشروعة مشتهرة ويمكن القـول ان هـاتين الحـالتين يجمـع بينهمـا عـامل

---

(٤٣٧) راجع – توفيق فرج – السابق ص٥٦٥.
(٤٣٨) راجع – توفيق فرج – السابق ص٥٦٦ ، ٥٦٧ ، واحمد سلامة – السابق ص٦٠٣.
(٤٣٩) احمد سلامة – السابق ص٦٠٣.

مشترك هو ان الطرفين يرتبطان برابطة تشبه رابطة الزوجية مع ان الحقيقة غير ذلك[٤٤٠] ويؤدى هذا المانع الى بطلان الزواج إذا تم بين الرجل وأقارب المرأة الدمويين من اصولها وفروعها حتى الدرجة الثانية فقط والعكس ايضا.

ثالثا: مانع الجريمة:[٤٤١]

- ومضمون هذا المانع هو منع الزواج إذا ارتبط بجريمتين هما الزنا والقتل ويبرر الاخذ به كمانع من موانع الزواج عوامل متعددة منها فكرة الطهر العام التى تستلزم بطلان كل زواج يتصل بالفضائح ، ثم هناك ايضا فكرة الامن والاستقرار اللازمة للزوجين تلك الفكرة التى تتطلب ان يقطع على الشركاء كل امل فى زواج قد يدفع بهم الى إرتكاب الجريمة اضافة الى ان فكرة الخطأ نفسه تستلزم انزال العقاب بمرتكبيه ولا أقل من حرمان المخطئ من الافادة من خطئه عقابا له ، فمانع الجريمة هو فى الوقت نفسه نوع من العقوبة.[٤٤٢]

وقد نظمت الإرادة الرسولية للكاثوليك هذا المانع فنصت المادة ٦٥ منها على انه "لايصح عقد الزواج بين الاشخاص التالية:

١- من اقترف مع صاحبه زنا فتواعد كلاهما بالتزوج او حاولا عقد الزواج نفسه ولو باجراء مدنى فقط وهما مرتبطان بذات الزواج الصحيح.

٢- من اقترف مع صاحبه زنا وقتل احدهما زوجه بينما كلاهما مرتبطان بذات الزواج الصحيح.

---

(٤٤٠) فى هذا المعنى - توفيق فرج - السابق ص٥٦٧.
(٤٤١) راجع تفصيلا - احمد سلامة - السابق ص٥٦٥ وما بعدها.
(٤٤٢) راجع - توفيق فرج - السابق ص٥٦٧ ، ٥٦٨.

٣- من تعاون مع صاحبة تعاونا طبيعيا (ماديا) او ادبيا (معنويا) فقتلا الزوج، وان لم يزن احدهما مع الآخر".

ويتضح من هذا النص ان المانع يتوافر فى ثلاثة حالات:[٤٤٣]

الاولى: حالة الزنا دون قتل الزوج:

وتتحقق هذه الحالة بوقوع الزنا التام ، أى الاتصال الجنسى الكامل بين شخصين مع علمهما بوجود زواج قائم ولو بالنسبة لاحدهما فقط ، ويشترط ايضا ان يقترن الزنا بوعد بالزواج بينهما رغم قيام الزواج الاول.[٤٤٤]

الثانية: حالة الزنا مع قتل الزوج:

وهنا يضاف الى فعل الزنا سالف الذكر واقعة قتل زوج احد الشريكين فى الزنا ، ويكفى هنا أن يرتكب القتل احد الشريكين فى الزنا فقط دون اتفاق مع الشريك الآخر أو معاونة منه ، ويبدو أن عدم اشتراط معاونة الزوج الآخر للقاتل او اتفاقه معه على القتل يرجع الى افتراض وجود التآمر على حياة الزوج طالما وقع الزنا بين الشريكين.

الثالثة: حالة القتل فقط دون زنا:

ويلزم لقيام هذه الحالة وجود نوع من التآمر على حياة الزوج بين الشريكين إذ انهما لم يقترفا الزنا ، فإذا فرض وقتل شخص زوج امراة دون

---

(٤٤٣) راجع - توفيق فرج - السابق ص٥٦٨ وما بعدها.

(٤٤٤) ويلاحظ انه يجوز التفسيح (الاعفاء) من المانع فى هذه الحالة - راجع المادة ٣٢ بند٢ رقم ٢ من الإرادة الرسولية.

معاونة منها او اتفاق معها على ذلك ولم يرتكب معها الزنا ، فان المانع لايقوم ، ويجوز له الزواج منها.(٤٤٥)

ولم يرد نص بشأن هذا المانع بمجموعة ١٩٣٨ للاقباط الارثوذكس ولابقانون الإنجيليين.(٤٤٦)

رابعا: مانع اختلاف الدين او المذهب:(٤٤٧)

نصت المادة ٢٤ من مجموعة ١٩٣٨ للاقباط الارثوذكس على أنه "لايجوز الزواج لدى الكنيسة القبطية الارثوذكسية إلا بين مسيحيين ارثوذكسيين" ويقع الزواج باطلا إذا تم بالمخالفة لذلك (م ٤١) ويتضح من

---

(٤٤٥) ويبدو ان فقهاء القانون الكنسى يشترطون لقيام المانع في هذه الحالة ضرورة ان يكون لدى الشريكين او احدهما على الاقل نية الزواج من الشريك الآخر وقد ثار الجدل بينهم حول ضرورة اعلان هذه النية الى الطرف الآخر إذا قامت لدى احد الطرفين فقط ، ولكن يبدو أن الغالب هو ضرورة اعلان هذه النية الى الطرف الآخر حتى يقوم المانع - راجع توفيق فرج - السابق ص٥٧٢.

(٤٤٦) إلا أن مجموعة ١٩٥٥ للاقباط الارثوذكس قد نصت فى المادة ٢٧ منها على انه "لايجوز زواج من طلق لعلة الزنا الا بعد تصريح الرئيس الدينى الذى صدر الحكم فى دائرته ، ولايجوز زواج القاتل بزوجة القتيل" ، وقد سبق ان اشرنا ان محكمة النقض لم تعترف باى قيمة قانونية لمجموعة ١٩٥٥ ، ويلاحظ على هذا النص أن مانع الزنا هنا يختلف عن ذلك الوارد بالإرادة الرسولية فالمانع هنا مانع مطلق لايجيز الزواج لمن طلق لعلة الزنا سواء كان الزواج بمن زنى بها أم بغيرها. راجع توفيق فرج ص٥٧٣ ، ونلاحظ ايضا ان المانع يزول إذا صرح الرئيس الدينى بالزواج وهو ما يفتح الباب - فى رأينا - لاختلاف الحكم باختلاف الاشخاص مع تماثلهم فى ذات الوضع القانونى ، كما لم يشترط هذا النص فى القتل ارتباطه بالزنا او بالأتفاق على القتل فيكفى ان يقتل الشخص زوج المرأة ليمتنع عليه الزواج بها - راجع - توفيق فرج السابق ص٥٧٤.

(٤٤٧) راجع - توفيق فرج - السابق ص٥٧٥ وما بعدها ، احمد سلامة - السابق ص٥٧٤ وما بعدها.

ذلك أن المانع يقوم عند اختلاف الدين او المذهب ولكنه لايقوم عند اختلاف الطائفة فقط.(٤٤٨)

أما عند الكاثوليك فانهم يفرقون بين الشخص المعمد (اى الذى نال سر العماد) والشخص غير المعمد ، فإذا كان الكاثوليكى يرغب فى الزواج من شخص غير معمد (سواء كان مسيحيا او غير مسيحى) فيقع الزواج باطلا، وقد نصت المادة ٦٠ بند ١ من الإرادة الرسولية على ذلك فجاء بها أن "الزواج المعقود بين شخص غير معتمد وشخص معتمد باطل" ومن الطبيعى ان يكون غير المسيحى غير معمد لذلك يبطل الزواج باى شخص غير مسيحى اما إذا كان الشخص معمدا ولكنه غير كاثوليكى ، أى مسيحى غير كاثوليكى فان المانع هنا من الموانع المحرمة وليس من الموانع المبطلة ، وقد ورد هذا المانع تحت عنوان "الموانع المحرمة" فى الإرادة الرسولية ، فنصت المادة ٥٠ منها على أن "تنهى الكنيسة فى كل مكان اشد النهى عن عقد زواج بين شخصين معتمدين الواحد كاثوليكى والآخر منتم الى بدعه هرطوقية او مشاقة ، وإذا كان على الفريق الكاثوليكى او على الاولاد خطر ضلال ، فالزواج محرم بمقتضى الشريعة الالهية نفسها"(٤٤٩)

أما البروتستانت فلم يرد بقانونهم مثل هذا المانع ولذلك فقد ذهب رأى فى الفقه إلى أن اختلاف الدين او المذهب ليس مانعا من الزواج عندهم(٤٥٠)

---

(٤٤٨) ويبدو أن الفقه القبطى الارثوذكسى يجعل من إختلاف الدين فقط دون اختلاف المذهب مانعاً من الزواج - راجع - توفيق فرح - السابق ص٥٧٧ و والمراجع التى اشار اليها فى هذا الشأن.

(٤٤٩) وتتضح كراهية الشريعة الكاثوليكية لهذا النوع من الزواج ومحاولة حصره فى اضيق نطاق من نصوص المواد ٥١ ، ٥٢ ، ٥٤ ، ٥٥ من الإرادة الرسولية.

(٤٥٠) جميل الشرقاوى - السابق ص١٧٧ ويشير الى أن مارتن لوثرقد كتب منذ سنة ١٥٢٠ ان تحريم الزواج بين مختلفى المذهب من المسيحيين او حتى بين المسيحيين وغير المسيحيين يخالف النصوص الواضحة فى قصر موانع الزواج على بعض درجات القرابة.

بينما ذهب رأى أخر الى أن هذا المانع موجود لديهم ولو على الاقل بالنسبة لاختلاف الدين ذلك ان شريعتهم لاتقر الإبقاء على الزواج فى حالة خروج احد الزوجين عن الدين المسيحى فالاولى ألا تقره ابتداء وان تجعل من اختلاف الدين مانعا من الزواج.(٤٥١)

وبالرجوع الى نص المادة ١٨ من قانون الإنجيليين نجدها تنص على أنه "لايجوز الطلاق الا بحكم من المجلس الملى العمومى (محكمة الاحوال الشخصية) وفى الحالتين الآتيتين:

اولا:...

ثانيا: اذا اعتنق احد الزوجين غير الديانة المسيحية وطلب الزوج الآخر الطلاق" كما نصت المادة ١٩ على انه "فى الحالة الثانية المذكورة فى المادة السابقة لايحكم بالطلاق الا لصالح الزوج الذى بقى على دينه المسيحى".

ومن ذلك يتضح ان الطلاق بسبب تغيير الديانة فى شريعة الإنجيليين مقيد بضرورة ان يطلبه الزوج الآخر الذى بقى على ديانته المسيحية ، فإذا لم يطلب الطلاق فان العلاقة الزوجية تظل قائمة رغم تغيير الزوج الآخر لديانته المسيحية ، كما انه لايجوز للزوج الذى خرج عن المسيحية ان يطلب الطلاق وعلى ذلك فانه من المتصور بقاء الزواج رغم خروج احد الزوجين عن الديانة المسيحية ، ولذلك تسقط الحجة التى قال بها انصار الرأى الثانى طالما أنه يتصور بقاء الزواج رغم تغيير الدين ولذلك يبدو لنا الرأى الاول اكثر قوة فى هذا الشأن.

---

(٤٥١) من هذا الرأى - احمد سلامة - السابق ص٥٧٤ وتوفيق فرج - السابق ص٥٧٩.

وبعد استعراض القواعد المختلفة التى وردت بالشرائع المسيحية فى هذا الشأن نشير الى ان هذه الاحكام معطلة فى التطبيق فى القانون المصرى إذ أن الشريعة الإسلامية هى التى تطبق فى حالة احتلاف الطرفين فى الدين او المذهب او الطائفة وذلك لعدم توافر شروط تطبيق الشرائع الخاصة فى هذه الحالة ، والشريعة الإسلامية تجيز الزواج بين مختلفى الديانة باستثناء زواج المسلمة بغير المسلم (ويلاحظ ان عدم جواز زواج المسلمة بغير المسلم لايرجع لتطبيق الشريعة الخاصة وانما يستند للشريعة الإسلامية) وهكذا فان الزواج يكون صحيحا فى نظر الشريعة الإسلامية طالما ان الطرفين يدينان بدين سماوى لان الشريعة الإسلامية تعتبر الشرائع السماوية الاخرى دينا واحدا.[٤٥٢]

وفى نهاية الحديث فى موانع الزواج فى الشريعة المسيحية نشير الى ان شريعة الكاثوليك على وجه الخصوص تجيز الاعفاء (التفسيح) من العديد من الموانع سالفه الذكر بقرار من الرئاسات الدينية وتتفاوت سلطة الاعفاء وفقا لدرجة الرئيس الدينى (راجع المواد ٣٢ - ٤٧ من الإرادة الرسولية).

---

(٤٥٢) راجع - توفيق فرج ص٥٨٠.

المطلب الثاني

الشروط الموضوعية فى الشريعة اليهودية[٤٥٣]

وهذه الشروط هى: الرضا والخلو من الموانع والمهر

اولا: الرضا بالزواج:

لاينعقد الزواج ايضا لدى اليهود الا بتوافر الرضا لدى الطرفين سواء بالنسبه للربانيين ام القرائين الا انه يجوز ان يكون الرضا معلقا على شرط واقف فاذا كان الرضا معلقا على شرط محرم يبطل الشرط وينفذ العقد.

التعبير عن الإرادة:

الاصل فى التعبير عن الإرادة فى الشريعة اليهودية ان يتم بالفاظ معينة باللغة العبرية فإذا كان احد الزوجين او كلاهما اخرسا فمن الممكن ان يتم التعبير بالاشارة امام السلطة الشرعية التى تتولى اثبات ذلك.

والاصل ان يصدر التعبير عن الرضا بالزواج من كل من طرفيه متى كان لهما الحق فى ابرام الزواج ويكون لهما ذلك متى كانا بالغين[٤٥٤] عاقلين ولايوجد ما يمنع أن يتم الزواج بطريق الوكالة ، إلا أنه بالنسبه لزواج البنت البالغة فان الراجح لدى القرائين هو ضرورة رضا ابيها إذا كان موجودا فان لم يؤخذ رضاه كان له ابطال زواجها.

---

(٤٥٣) راجع تفصيلا - توفيق فرج - السابق ص٥٨٠ وما بعدها - احمد سلامة - السابق ص٦٠٥ وما بعدها.

(٤٥٤) ويكون بلوغ سن الزواج لدى الربانيين ببلوغ الرجل ثلاثة عشرة سنة والمرأة اثنى عشرة ونصف مع ظهور بعض العلامات عليها وعند القرائين يكفى لبلوغ سن الزواج البلوغ الطبيعى - راجع توفيق فرج - السابق ص٥٨٤.

وبالنسبه لغير البالغين فيفرق فى الحكم بين الصغير والصغيرة ، فيجوز بالنسبة للصغيرة البكران يزوجها ابوها متى اراد حتى بدون رضاها ، أما إذا كانت يتيمة فلا يجوز تزويجها الا برضاها بجانب رضا من يزوجها وهما اخوها وامها ، أما الثيب فيجوز لها ان تزوج نفسها ولو دون موافقة الولى ، اما عند القرائين فان الصغيرة لاتزوج الا بولاية والدها سواء كانت بكرا أم ثيبا.

أما بالنسبة للصغير فالنصوص غير مفصلة بالنسبه له على النحو الذى حدث بشأن الصغيرة ، والقدر الواضح منها هو أنه لايجوز استقلال الصغير بزواجه والا كان الزواج باطلا.

عيوب الرضا:

لم تعالج الشريعة اليهودية عيوب الرضا مباشرة كما عالجتها الشرائع المسيحية الا انه يفهم من بعض النصوص وجوب خلو الإرادة من العيوب وفيما يتعلق بالغلط ، فانه إذا كان فى الشخص نفسه فانه يبطل الزواج خلافا للغلط فى الصفة فانه لايؤدى لبطلان العقد الا عند الربانيين وذلك إذا اشترطت هذه الصفة فى العقد اما إذا لم تشترط فلا بطلان ، ويفهم من بعض النصوص ايضا ان الاكراه يؤدى لبطلان العقد إذ أنه يعنى عدم توافر الرضا بالزواج.

ثانيا: عدم وجود مانع من موانع الزواج:

يجب ايضا الا يكون هناك مانع من الزواج وإلا كان الزواج باطلا وجميع الموانع لدى اليهود هى موانع مبطلة فلا توجد موانع محرمة فقط كما هو الحال عند المسيحيين إلا انها تنقسم الى موانع مطلقة تمنع الزواج من اى

شخص وموانع نسبية تمنع من الزواج باشخاص معينين فقط ، والموانع المطلقة لدى اليهود هي: ١- السن ٢- المرض (العجز الجنسي والجنون) ٣- الزواج القائم بالنسبه للمرأة ٤- مانع العدة.

والموانع النسبية هي: ١- مانع القرابة ٢- مانع الجريمة ٣- اختلاف الدين او الملة ٤- زواج المطلقة بمن طلقها بعد زواجها من آخر ٥- ممنوعات الكاهن.

المجموعة الاولى: الموانع المطلقة:

١- السن:

لايجوز الزواج قبل بلوغ سن الزواج وهي ثلاثة عشر سنة للرجل واثنا عشرة ونصف للمرأة مع ظهور بعض علامات البلوغ عليها وذلك عند الربانيين اما عند القرائين فسن الزواج تتحقق عند البلوغ الطبيعي ، مع ملاحظة أنه لن يتم توثيق الزواج وفقا للقانون المصرى إلا إذا بلغ الزوجان السن التى حددها هذا القانون ليجوز التوثيق وهى ثمانية عشر سنة للرجل وستة عشر للمرأة.

٢- المرض (العجز الجنسى والجنون):

ويقصد بالعجز الجنسى ذات المعنى المقصود الذى ذكرناه عند الحديث فى الشرائع المسيحية مع ملاحظة ان العجز هنا ينصرف الى الرجل فقط ، أما إذا كان العجز الجنسي لدى المرأة فلا يعد ذلك مانعا من الزواج إذ يستطيع الرجل فى شريعة اليهود ان يطلقها او ان يتزوج من أخرى مع احتفاظه بالزوجة الاولى ، ويشترط الربانيون ان يكون العجز الجنسى نتيجة

حادث سواء كان بفعل انسان او حيوان او شئ فلا يكفى ان يكون خلقة او نتيجة مرض أما عند القرائين فيعتبر العجز الجنسى مانعا ايا كان سببه.

ولاتعد الامراض مانعا من الزواج فى الشريعة اليهودية بخلاف الشريعة المسيحية باستثناء الجنون الذى يؤدى لانتفاء العقل الذى يعد شرطا لازما للزواج الى جانب البلوغ.

٣- الزواج القائم بالنسبه للمرأة:

إذا كان الرجل متزوجا فى الشريعة اليهودية فان ذلك لايمنعه من الزواج باخرى وذلك بعكس المرأة التى لايجوز لها أن تجمع بين أكثر من زوج.

٤- مانع العدة:

العدة مقررة ايضا فى الشريعة اليهودية للتحقق من براءة الرحم وعدم اختلاط الانساب وهى مقررة لدى الربانيين والقرائين على السواء ، وقد فصلتها شريعة الربانيين فحددتها للارملة باثنين وتسعين يوما ، فإذا كانت حاملا فلا يجوز العقد عليها قبل الوضع ، كما لايجوز العقد قبل بلوغ الرضيع عامين كاملين حماية لمصلحته ، بل أن الشريعة اليهودية تمنع الزوج ايضا من الزواج إذا توفيت زوجته وذلك قبل مرور ثلاثة اعياد مالم تر السلطة الشرعية غير ذلك إذا وجدت ضرورة للاستعجال وعدم الانتظار ويبدو أن الحكمة من ذلك هى احترام ذكرى الزوجة المتوفاة.

المجموعة الثانية: الموانع النسبية

١ - القرابة:

تعد القرابة مانعا من موانع الزواج فى الشريعة اليهودية ايضا ، وذلك لذات الحكمة التى ذكرناها من قبل لدى المسيحيين مع ملاحظة ان المانع هنا يقتصر على قرابة النسب والمصاهرة فقط ، ومع ملاحظة ان القرائين يتوسعون فى هذا المانع خلافا للربانيين لان القرائين يستعملون القياس اما الربانيين فيتمسكون بالنصوص فقط ولايأخذون بالقياس.

فعند الربانيين:

لايصح عقد الزواج إذا وجدت قرابة تحريم وهى نوعان:

النوع الاول: لاينعقد فيه العقد ولايحتاج الى طلاق ويكون الاولاد الناشنون عنه غير شرعيين.(٤٥٥)

النوع الثانى: يكون العقد فيه باطلا ويجبر الرجل على الطلاق ويكون الاولاد الناشئون عنه شرعيين.(٤٥٦)

---

(٤٥٥) حددت المادة ٣٩ من ابن شمعون محرمات النوع الاول وهم "الام والبنت وبنت البنت وبنت الابن وامرأة العم لاب وبنت الزوجة وبنت بنتها وبنت ابنها والحماة والاخت والعمة والخالة وإمرأة الاب وامراة الابن وامراة الاخ واخت الزوجة" ولكن المادة ٤٢ تنص على انه "يجوز التزوج باخت الزوجة إذا توفيت" أى انها تظل محرمة إذا كانت الزوجة (اختها) قد طلقت أو مازالت زوجة للرجل. راجع - جميل الشرقاوى - السابق ص١٧١ هامش (١)

(٤٥٦) حددت المادة ٤٠ من ابن شمعون محرمات النوع الثانى وهن "الجدة وامراة الجد وامراة ابن الابن وامراة ابن البنت وبنت بنت الابن ، وبنت ابن الابن وبنت بنت البنت وبنت ابن البنت وبنت بنت ابن الزوجة وبنت بنت الزوجة وجدة ابى الزوجة وجدة ام الزوجة وجدة الجد وامراة العم لام وامراة الخال".

ويلاحظ على هذين النوعين من القرابة انهما لايقومان على قاعدة معينة متسقة بل عددت محرمات كل نوع دون ترابط مع الجمع بين قرابة النسب وقرابة المصاهرة.(٤٥٧)

وعند القرائين:

"تعد القرابة المحرمة اوسع نطاقا منها في شريعة الربانيين ، فالقرائون يحددون حالات التحريم بسبب القرابة من آيات التحريم الواردة في التوراة مع اضافة ما يوجب القياس والاجماع اعتباره من هذه الحالات وينتهى علماؤهم فى هذا التحديد الى تحريم زواج الرجل باصوله وفروعه وكذا فروع ابويه كالاخت وفروعها وفروع الاخ ، كما يحرمون زواج الرجل بعمته او خالته (فروع الاجداد لدرجة واحدة) وكذا زوجات الاصول والفروع واصول الزوجة وفروعها.

ولكن التحريم فى شريعة القرائين لايقف عند هذا النطاق المألوف للتحريم فهذه الشريعة تتوسع توسعا كبيرا فى تحريم الزواج بسبب المصاهرة، سواء بين الرجل واقارب زوجته واصهارهم او بينه وبين اصهار اقاربه ، فتحرم الزواج مثلا بين الرجل ومن كانت زوجة لعم زوجته ، ومن كانت زوجة لاخيه او عمه او خاله او ابن اخيه او ابن اخته وكذا بنت امرأة أبيه وبنت زوج امه"(٤٥٨) .

---

(٤٥٧) ومن امثلة عدم الاتساق تحريم امراة العم ولو لام وامراة الخال وامراة الاخ واخت الزوجة بعد طلاقها فى الوقت الذى تحلل فيه بنت الاخ او بنت الاخت - راجع جميل الشرقاوى السابق ص١٧٢.

(٤٥٨) جميل الشرقاوى ص١٧٢ ، ١٧٣ ويشير الى اتفاق فقهاء القرائين اخيرا على عدم تحريم اخت الزوجة بعد وفاتها (لا بعد طلاقها) واتفقت شريعتهم فى ذلك مع شريعة الربانيين ، إلا أن الخلاف ما يزال كبيرا بين الشريعتين فى مجال التحريم - ذات المرجع ص١٧٣ - وراجع تفصيلا فى بيان المحرمات فى شريعة القرائين ذات=

٢- مانع الجريمة (الزنا):

ويقتصر المانع فى الشريعة اليهودية علـى جريمـة الزنـا دون جريمـة القتل. فتحرم المرأة على من زنى بها وإذا عقد عليها كلف شرعا بطلاقها ولا يجوز للرجل أن يتزوج مرة أخرى من مطلقته التى سبق لـه أن طلقهـا بسـبب ارتكابها للزنا ، مع ملاحظة أن الزوجة التى زنت تصبح محرمة على زوجها ويجب عليها طلاقها ، وذلك عند الربانيين ، وتقترب شريعة القرائين من ذلـك وتضيف تحريم الزواج بالمرأة المبتذلة للكافة بصفة مطلقة (وبذلك يعد المـانع بالنسبة لها من الموانع المطلقة وليس من الموانع النسبية) ، كمـا تحـرم أيضـا إضافة الزواج لأجل باعتباره نوع من الزنا لتعارضه مع الأصـل فـى الزواج وهو الدوام.(٤٥٩)

٣- مانع اختلاف الدين أوالملة:

يشترط الربانيون الاتحاد فى الدين والمذهب والا كان العقد باطلا فـلا يجوز الزواج من غير يهودى يتبع مذهب القرائين ، اما القراءون فلا يجيزون زواج اليهودى من غير يهودى ويجيز بعضهم الزواج من يهودى يتبع مذهـب الربانيين ونكرر هنا الاشارة الى عدم اهمية هذه القواعد عن الناحيـة العمليـة لان الشريعة الإسلامية هـى التـى تكـون واجبـة التطبيـق عنـد اختـلاف الديـن

= المرجع ص١٧٣ هامش (٣) وايضا توفيق فرج - السابق ص٥٩٨ وما بعدها ويحق لنا ان نتساءل عن مدى اتفاق هذا التوسع فى التحريم بسـبب القرابـة مـع مبدأ حريـة الزواج الذى يتعلق بالنظام العام.

(٤٥٩) ويرى بعض الفقه ان نصوص الشريعة اليهودية قد جاءت متناقضة فى هذا الشـأن عند الربانيين والقرائين على السواء ، فقـد يستفاد منهـا ان الزنـا مـن موانـع الزواج علـى النحو المذكور بالمتن وقد يستفاد منها انه ليس مانعا من الزواج - راجـع احمـد سـلامة - السابق ص٦٣٠.

اوالمذهب ، وهى تجيز الزواج بين اتباع مختلف الديانات السماوية إذ انها تعد فى نظر الاسلام دينا واحدا.

٤- زواج المطلقة من مطلقها بعد زواجها من آخر:

ويحدث ذلك إذا طلقت امراة من زوجها ثم تزوجت بآخر ثم طلقها هذا الاخير أوتوفى ، وهنا لايجوز لمن سبق ان طلقها ان يتزوج منها مرة اخرى ، ويعلل هذا الحكم بانها قد تنجست بزواجها من آخر حتى ولو لم يدخل بها ولاخلاف على ذلك بين الربانيين والقرائين.(٤٦٠)

٥- مانع الكهنوت فى حالات معينة:

لايجوز للكاهن ان يتزوج من الزانية او المطلقة عند الربانيين وكذلك عند القرائين الذين يضيفون الارملة ايضا الا إذا كانت ارملة كاهن.(٤٦١)

ثالثا: المهر:(٤٦٢)

اتفق الفقه على أن المهر ركن من اركان عقد الزواج عند القرائين ، ويقصد بعبارة المهر عندهم المقدم ، وليس المقدم وحده هو الواجب ولكن ايضا مؤجل الصداق والمقدم هو الذى يدفع للمرأة او يلتزم به عند القنوان او التقديس ولا يجوز الدخول قبل دفعه باى حال ، اما المؤجل فيجب الالتزام به

---

(٤٦٠) وهناك ايضا حالة زواج المطلقة من مطلقها مرة اخرى إذا كان سبب الطلاق هو دم الحيض ومضمون هذه الحالة ان الزوجة التى يتكرر ظهور دم الحيض لديها ثلاث مرات عند اختلاء زوجها بها تحرم عليه فيجب عليه طلاقها وعندئذ لايجوز ان يتزوجها مرة أخرى ، وهذا الحكم موجود عند الربانيين والقرائين - راجع - توفيق فرج - السابق ص٦٠٤ ، ٦٠٥.

(٤٦١) راجع - توفيق فرج - السابق ص٦٠٥ ، جميل الشرقاوى - السابق ص٢٠١ ، ٢٠٢.

(٤٦٢) راجع تفصيلا - توفيق فرج - السابق ص٦٠٦ وما بعدها ، جميل الشرقاوى ص٣١٤ وما بعدها احمد سلامة - السابق ص٦١٦ وما بعدها.

ايضا عند الزواج ولكنه لايدفع الا عند الطلاق او الوفاة. "فالمهر والمؤجل واجبان فى شريعة القرائين لقيام الزواج لان دخول الرجل بالمرأة محرم قبل قبضها المهر وقبل التزامه بالمؤجل ولذا لايجوز نزول المرأة عن حقها فى المهر".(٤٦٣)

أما عند الربانيين فقد اختلف الفقه حول طبيعة المهر لديهم فذهب البعض الى ان المهر ركن من اركان الزواج عندهم ايضا(٤٦٤) ، بينما ذهب البعض الأخر الى أن المهر "اثر لازم من الآثار التى تنشأ عن الزواج ولايعد من اركانه ، فأركان الزواج لديهم هى التقديس وكتابه الوثيقة وصلاة البركة ولكن الرجل يلتزم عند الرضا بالزواج بالمهر لزوجته وجوبا(٤٦٥) ويستحق المهر من حين العقد ولو لم يحصل دخول مادام انه لامانع من الدخول(٤٦٦) ويضيف الرأى الاخير انه ليس للمراة النزول عن حقها فى المهر فى شريعة الربانيين(٤٦٧) ولم يقدم لنا الرأى الاخير السند الذى استند اليه فى اعتبار المهر لدى الربانيين اثرا لازما من آثار العقد وليس ركنا من اركانه ، خاصة وانه يذكر ايضا ان "تقديم المهر اوجزء منه اجراء هام من اجراءات التقديس ، كما ان ذكر المهر فى الوثيقة التى تحرر عند الزواج بيان جوهرى"(٤٦٨) ويلاحظ انه يشير الى المادة ٩٨ من كتاب ابن شمعون ، ولذلك فقد اخذت محكمة النقض بالرأى الاول وقضت بان "احكام الشريعة الموسوية تقضى بوجوب ان يدفع الزوج مهرا لزوجته فنصت المادة ٩٨ من كتاب الاحكام الشرعية فى

(٤٦٣) جميل الشرقاوى ص٣١٧.
(٤٦٤) احمد سلامة – السابق ص٦١٧.
(٤٦٥) جميل الشرقاوى – السابق ص٣١٤.
(٤٦٦) جميل الشرقاوى – السابق ص٣١٥.
(٤٦٧) جميل الشرقاوى – السابق ص٣١٦.
(٤٦٨) جميل الشرقاوى – السابق ص٣١٤ هامش (١).

الاحوال الشخصية للاسرائيليين لحاى بن شمعون على أن "الزوج يلتزم فى عقد الزواج بالمهر لزوجته ولو لم يأخذ منها شيئا) ونصت المادة ٩٩ من هذا الكتاب على ان (المهر الشرعى للبكر مائتا محبوب او سبعة وثلاثون درهما فضة نقية ولغير البكر النصف غنية كانت الزوجة او فقيرة) ومفهوم ذلك ان دفع الزوج مهرا لزوجته شرط لصحة انعقاد الزواج".[٤٦٩]

---

(٤٦٩) نقض ٢٧/ ٦/ ١٩٥٧ فى الطعن رقم ٣ لسنة ٢٦ ق - مجموعة س٨ ص٦٥٣.

المبحث الثانى

الشكل الدينى للزواج

لايكفى لقيام الزواج فى الشريعتين المسيحية واليهودية مجرد التراضى وعدم وجود الموانع ولكن لابد ايضا من توافر شرط شكلى لانعقاد الزواج هو الشكل الدينى.

المطلب الاول

الشكل الدينى فى الشريعة المسيحية

إذا لم يتحقق الشكل الدينى للزواج فانه يكون باطلا بلا خلاف بين جميع الطوائف المسيحية "وتتمثل الشكلية بصفة عامة فى ان يتم الرضا على يد احد رجال الدين الذى يقوم بالصلاة والتبريك والتكليل وفقا للطقوس الدينية المرسومة في هذا الصدد ، وان يتم ذلك امام الشهود حتى تتوافر العلانية اللازمة"(٤٧٠) على ان يسبق ذلك بعض الاجراءات وهى شهر مشروع الزواج

(٤٧٠) توفيق فرج – السابق ص٦١٠ ، ولايستثنى من ذلك سوى حالتين نصت عليهما الارادة الرسولية للكاثوليك وهما:

١- حالة الزواج سرا: ويعد ذلك استثناء على قواعد الشكل الدينى الذى تعد العلانية جزءا منه وقد اجازت ذلك المادة ٩٣ من الارادة الرسولية "لسبب جسيم ومحرج للغاية" وباذن من الرئيس الكنسى ويتم هذا الزواج بحضور الكاهن والشهود ، ويلتزم كل من الرئيس الكنسى والكاهن والشهود والزوجين بكتمان هذا السر (م ٩٤) ، إلا أنه يجوز إفشاء السر فى الحالات التى بينتها المادة ٩٥ وذلك إذا كان فى حفظ السر اخلال بقداسة الزواج أو إذا أهمل الوالدان تعميد الابناء الناشئين عن هذا الزواج أو إذا اهملا تربية الاولاد تربية مسيحية.

٢- الزواج بدون حضور رجل الدين: وقد نصت على ذلك المادة ٨٩ وذلك إذا ما حالت مشقة جسيمة دون حضور رجل الدين فى حالة خطر الموت أو أستمرار هذه المشقة التى تمنعه من الحضور لمدة يتوقع الا تقل عن شهر ولكن لابد فى أى حال من حضور الشهود ، مع مراعاة تدوين الزواج فى السجلات بعد ذلك فى أول فرصة وفقا للمادة ٩٣ بند ٣.

او شهر الخطبة والاذن بالزواج.[٤٧١]

ولذلك فقد نصت المادة ١٥ من مجموعة ١٩٣٨ على أن "الزواج سر مقدس يثبت بعقد يرتبط به رجل وامرأة ارتباطا علنيا طبقا لطقوس الكنيسة القبطية الارثوذكسية" كما نصت المادة ٨٥ بند ١ من الارادة الرسولية على أنه "لايصح زواج إلا إذا عقد برتبة دينية امام الخورى او الرئيس الكنسى المحلى أو كاهن اذن له احدهما بحضور الزواج وامام شاهدين على الاقل ...." ونصت المادة ١٢ من قانون الانجيليين على انه "لايعقد اكليل الزواج الا القسس المرسومون قانونا او مرشدو الكنائس الانجيلية الذين يمنح لهم المجلس العمومى الرخصة بذلك".

وقد استقر قضاء محكمة النقض على ضرورة توافر الشكل الدينى والا كان الزواج باطلا "ذلك ان النص فى المادة ١٥ من مجموعة قواعد الاحوال الشخصية للاقباط الارثوذكس الصادرة فى سنه ١٩٣٨ على ان الزواج سر مقدس يثبت بعقد يرتبط به رجل وامرأة ارتباطا علنيا طبقا لطقوس الكنيسة القبطية الارثوذكسية بقصد تكوين اسرة جديدة والتعاون على شئون الحياه يدل على ان الزواج فى شريعة الاقباط الارثوذكس نظام دينى لايكفى لانعقاده توافر الشروط الموضوعية من حيث الاهلية والرضا وانتفاء الموانع ، وانما يلزم ان يتم الزواج علنا وفقا للطقوس الدينية المرسومة وبعد صلاة الاكليل اعتبارا بان الصلاة هى التى تحل النساء للرجال والرجال

(٤٧١) راجع حسام الاهوانى – السابق ص٤٥٠ ، ٤٥١ وقد نصت المادة ٣٢ من مجموعة ١٩٣٨ على انه "قبل مباشرة عقد الزواج يستصدر الكاهن ترخيصا باتمام العقد من الرئيس الدينى المختص بعد تقديم محضر الخطبة اليه" وتشير الى الاذن ايضا المادة ٨٥ بند ١ من الارادة الرسولية.

للنساء ، وإلا كان الزواج باطلا"(٤٧٢) وقررت محكمة النقض ذات المبدأ بالنسبة للروم الارثوذكس واضافت ان ذلك الامر ينطبق على جميع الطوائف المسيحية فقررت "........ وإنما يلزم الى جانب ذلك ان يتم الزواج علنا وفقا للطقوس الدينية المرسومة ، وإلا كان الزواج باطلا مثلها فى ذلك مثل سائر الشرائع المسيحية فى مصر"(٤٧٣) وقد اكدت المحكمة هذا المبدأ فى احدث احكامها بل أنها قد اعتبرت الشكل الدينى للزواج متعلقا بجوهر العقيدة المسيحية كما سبق ان ذكرنا.(٤٧٤)

ويبدو ان الفقه يتفق على ان الشكل الدينى ضرورى ولو تم الزواج بالخارج فى احدى دول الزواج المدنى ، أما إذا كانت من دول الزواج الدينى فلا مشكلة إذا تم الزواج امام ذات الكنيسة التى ينتمى اليها الطرفان أما إذا تم امام كنيسة اخرى فالراجح صحة الزواج طالما انه قد تم على يد احد رجال الدين المسيحيين.(٤٧٥)

---

(٤٧٢) نقض ١٩٧٦/١١/١٧ فى الطعن رقم ٢٤ لسنة٤٥ ق مجموعة س٢٧ ص١٦١٢.
(٤٧٣) نقض ١٩٧٢/١١/١٥ فى الطعن رقم ١٥ لسنة٣٨ ق مجموعة س٢٣ ص١٢٤٢.
(٤٧٤) نقض ٨/ ١/ ١٩٩٦ فى الطعن رقم ٨٩ لسنة٦٢ ق - لم ينشر بعد وراجع ما سبق تحت عنوان الحالات التى لاتطبق فيها الشريعة الإسلامية رغم تخلف شروط تطبيق الشريعة الخاصة (ثانيا: الشكل الدينى).
(٤٧٥) راجع تفصيلا توفيق فرج - السابق ص٦١٤ وما بعدها ، على ان يراعى بالنسبة للاقباط الارثوذكس ما نصت عليه المادة ٣٦ من مجموعة ١٩٣٨ من أن كل قبطى ارثوذكسى تزوج خارج القطر المصرى طبقا لقوانين البلد الذى تم فيه الزواج يجب عليه خلال ستة شهور من تاريخ عودته الى القطر المصرى ان يتقدم الى الرئيس الدينى المختص لاتمام الاجراءات اللازمة طبقا لقوانين وطقوس الكنيسة القبطية الارثوذكسية" ويفسر البعض هذا النص - وبحق - بحيث لايغنى عن الشكل الدينى ولو امام كنيسة غير ارثوذكسية فإذا كان الزواج مدنيا بحتا فانه يكون باطلا من اصله ، ولذلك يرى انه لا لزوم لنص المادة ٣٦ سالفة الذكر طالما ان الزواج قد تم صحيحا بتوافر الشكل الدينى ولو امام كنيسة غير ارثوذكسية راجع توفيق فرج - السابق ص٦١٨ ويبدو ان هذا الرأى يزداد قوة بعد ما اعتبرت محكمة النقض الشكل الدينى فى الزواج متعلقا بجوهر الشريعة المسيحية (نقض ٨/ ١/ ١٩٩٦ السابق الاشارة اليه) وهو ما يعنى ان زواج المسيحيين يكون باطلا إذا لم يتوافر الشكل الدينى.

وتجب الاشارة الى انه لايجوز الخلط بين الشكل الدينى للزواج وتوثيق الزواج فنظام التوثيق هو نظام مقرر لاثبات عقد الزواج وليس لانعقاده فيكون الزواج صحيحا حتى ولو لم يوثق طالما استوفى الشكل الدينى ولو فرضنا – جدلا – ان تم التوثيق دون توافر الشكل الدينى فان الزواج يعد باطلا رغم توثيقه.[٤٧٦] وقد قضت بذلك محكمة النقض فقررت ان المشرع لم "يجعل من التوثيق شرطا لازما لصحة العقد ، وإنما ينعقد العقد صحيحا وتترتب عليه آثاره باتمام المراسم الدينية"[٤٧٧] "واقتصر على جعله من قبيل اعداد الدليل لاثبات الزواج ، بمعنى ان عدم توثيق عقد الزواج او عدم مراعاة الاجراءات الصحيحة فيه او التراخى فى توثيقه ، لايؤثر فى صحة الزواج اعتباراً بان التوثيق اجراء لاحق على انعقاد العقد وليس من اركانه الشكلية او الموضوعية".[٤٧٨]

ويتولى التوثيق وفقا للقانون رقم ٦٨ لسنة١٩٤٧ الخاص بالتوثيق والمعدل بالقانون رقم ٦٢٩ لسنة١٩٥٥ بالنسبه لغير المسلمين المتحدى الطائفة والملة موثقون منتدبون يعينون بقرار من وزير العدل[٤٧٩] ، ووفقا للمادة ٤١ من قرار وزير العدل بلائحة الموثقين المنتدبين[٤٨٠] فان الرئاسة

(٤٧٦) راجع فى هذا المعنى – توفيق فرج – السابق ص٦٢٣.
(٤٧٧) نقض ١٥/١١/ ١٩٧٢ السابق الاشارة اليه.
(٤٧٨) نقض ١٧/١١/١٩٧٦ السابق الاشارة اليه وراجع ذات المعنى فى احدث احكامها نقض ٨/ ١/١٩٩٦ – السابق الاشارة اليه.
(٤٧٩) نصت المادة الاولى من القانون رقم ٦٢٩ لسنة١٩٥٥ على ان تعدل المادة الثالثة من القانون رقم ٤٨ لسنة١٩٤٧ على الوجه الاتى: "مادة ٣- .... ويتولى توثيق عقود الزواج والطلاق بالنسبة الى المصريين غير المسلمين والمتحدى الطائفة والملة موثقون منتدبون يعينون بقرار من وزير العدل ...." ويفهم من هذا النص انه فى حالة الاختلاف فى الدين او الملة او الطائفة فان الذى يتولى ذلك هو الموثق العادى – راجع توفيق فرج السابق ص٦٢١ هامش (٢) وراجع فى هذا المعنى ايضا حكم النقض بالهامش بعد التالى.
(٤٨٠) الوقائع المصرية العدد ١٠١ فى ٢٩/ ١٢/ ١٩٥٥.

الدينية لكل طائفة تعد كشفا باسماء رجال الدين او غيرهم الذيـن يرغبـون فـى الترشيح فى وظيفة موثق منتدب ، وهكذا فـان الرئاسـة الدينيـة ترشـح دائمـا رجـال الدين المختصين بعقد الـزواج فـى الشـكل الدينـى وهـذا يعنـى ان الاجراءات التى كانت تتم على يد رجل الدين لانعقاد الزواج ظلـت باقيـة كمـا كانت من قبل عدا عملية التوثيق التى كانت تتم بالمجالس المليـة ، فقـد نصـت المادة ٣ من القانون ٦٢٩ لسنة١٩٥٥ على ان "تلغى اقلام التوثيـق بالمجـالس الملية وتحول الى مكتب التوثيق جميع المضابط والسجلات والدفـاتر المتعلقـة بها".

وهكذا فقد رأى بعض الفقـه ، وبحـق ، انـه "بعد تنظيم توثيـق عقـود الزواج بين غير المسلمين على النحو السابق ، لم يعد لتحرير عقود الـزواج ، طبقا للتنظيم الخاص بكل طائفة اهمية كبيرة ، فالى جانب ان مثل هذا التحرير الـذى يتـم طبقـا لقواعـد الطوائـف المختلفـة ليس مـن الاجـراءات الدينيـة فـى الزواج، فإن الوثيقة التى يحررها الموثق المنتدب هى التى يعتد بها".[٤٨١]

ولم يضـع المشرع جزاء على عدم توثيق الزواج عند غير المسـلمين بعكس المسلمين حيث نصت المادة ٩٩/ ٤ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية على أنه "ولا تسمع عند الانكار دعوى الزوجيـة او الاقـرار بهـا إلا إذا كـانت ثابتة بوثيقة رسمية فى الحوادث الواقعة من اول اغسطس سنه ١٩٣١".

---

(٤٨١) "مؤدى نـص المـادة الثالثـة مـن قـانون التوثيق رقـم ٦٨ لسـنة١٩٤٧ بعد تعديلهـا بالقـانون رقـم ٦٢٩ لسـنة١٩٥٥ ان المشـرع انـتزع عمليـة توثيـق الـزواج عند الطوائـف المسـيحية مـن رجـال الدين الذين يقومـون بطقوسـه واعطاهـا لمكـاتب التوثيـق بالنسـبة للمصريين غير المسلمين عند اختلاف الملة أو الطائفة ، وخولها لموثـق منتـدب لـه المـام بالاحكام الدينية للجهة التى يتولى التوثيق بهـا بالنسبة للمصرييـن غير المسلمين متحدى الطائفة والملة" نقض ١٧/ ١١/ ١٩٧٦ السابق الاشارة اليه.

ولما كانت المادة ٥ من القانون رقم ٤٦٢ لسنة١٩٥٥ قد نصت على أنه "تتبع احكام قانون المرافعات فى الاجراءات المتعلقة بمسائل الاحوال الشخصية والوقف والتى كانت من اختصاص المحاكم الشرعية او المجالس الملية عدا الاحوال التى وردت بشأنها قواعد خاصة فى لائحة ترتيب المحاكم الشرعية او القوانين الاخرى المكملة لها" ومن هذا النص يتضح ان القواعد الاجرائية الواردة بلائحة ترتيب المحاكم الشرعية تتبع فى منازعات الاحوال الشخصية بالنسبة للمسلمين وغيرهم ولذلك يثور التساؤل عما إذا كان نص المادة ٩٩/ بشأن عدم سماع دعوى الزوجية من النصوص التى تطبق على غير المسلمين متحدى الملة والطائفة ، ومن البديهى الا يثور التساؤل بالنسبة لغير المسلمين مختلفى الطائفة او الملة لان الشريعة الإسلامية تطبق عليهم من الاصل.

انقسم الفقه فى هذه المسألة بين آراء ثلاثة:

فذهب الرأى الاول الى "أن المادة ٩٩ تتكلم عن عدم سماع الدعوى ولم تتعرض لاثبات الزواج حتى يمكن القول بانها تتضمن قاعدة موضوعية يجب ان تترك حيث تثور المنازعة بين غير المسلمين المتحدى الطائفة والملة، فعدم سماع الدعوى مسألة تتعلق بالاجراءات والقاعدة التى لاشك فيها انه لايرجع ابدا الى الشرائع الخاصة فى مسألة اجرائية حتى لو اتحد المتنازعان ملة وطائفة ، بل يرجع الى قواعد قانون المرافعات وما بقى من احكام لائحة ترتيب المحاكم الشرعية ، وبالنسبة لمنازعة الزواج يجب ان يرجع الى المادة ٩٩ من هذه اللائحة.

اما الاعتبار الثانى الذى يعزز الرأى .... فهو انه فقط القول الذى يؤدى الى ترتيب جزاء على مخالفة احكام القانون رقم ٦٢٩ لسنة١٩٥٥ ،

وإلا فان تدخل المشرع لاتغدو له أية قيمة قانونية ، لاسيما وان المذكرة الايضاحية لهذا القانون قد ذكرت في صدرها ان المشرع قد اخضع زواج غير المسلمين لنظام التوثيق صونا له من العبث وتحقيقا لاشراف الدولة عليه".[٤٨٢]

ويذهب الرأى الثانى إلى أن "المادة ٩٩ تتضمن قاعدة من قواعد اثبات الزواج هى جعل الوثيقة الرسمية الوسيلة الوحيدة المقبولة لاثباته إذا لم يحصل الا قرار به من جانب المدعى عليه"[٤٨٣] و "ان طبيعة عدم سماع الدعوى فى هذه المسألة هى انه منع للاثبات بغير الوثيقة"[٤٨٤] "وأن القواعد التى تحدد وسائل الاثبات بصفه عامة من القواعد الموضوعية لا القواعد الاجرائية ، ولذا فالنص على تطبيق قواعد الاجراءات فى اللائحة الشرعية على كل منازعات الاحوال الشخصية لايعنى خضوع زواج غير المسلمين المتحدى الطائفة والملة لقواعد اثباته التى تتضمنها المادة ٩٩ من اللائحة الشرعية ، بل يرجع فى تحديد وسائل اثبات الزواج فى هذه الحالة الى القواعد الطائفية التى تعتبر مصدر القواعد الموضوعية لتنظيم الزواج".[٤٨٥]

ويذهب الرأى الثالث[٤٨٦] ان نص المادة ٤/٩٩ يقرر حكمين اثنين:

الاول: هو جواز اثبات الزواج بالاقرار ، فإذا ادعى شخص بانه زوج لاخرى ووافقته فان الزواج يعتبر ثابتا بالإقرار ، فالاقرار بالزوجية يقوم مقام وثيقة الزواج ، وواضح ان هذا الشق من المادة يقرر حكما موضوعيا يتصل

(٤٨٢) احمد سلامة - السابق ص٥٤٦.
(٤٨٣) جميل الشرقاوى - السابق ص٢٢٣.
(٤٨٤) جميل الشرقاوى - السابق ص٢٢٣ هامش (١).
(٤٨٥) جميل الشرقاوى - السابق ص٢٢٤ ومن هذا الرأى ايضا - توفيق فرج - السابق ص٦٢٤.
(٤٨٦) حسام الاهوانى - السابق ص٤٦٦ وما بعدها.

بالادلة التى يمكن عن طريقها اثبات آلزواج ، ولذلك فان هذا الشق غير قابل للتطبيق فى علاقات غير المسلمين المتحدى الطائفة والملة لانه يتضمن قاعدة موضوعية وليس قاعدة اجرائية ، وهنا يرجع للشريعة الخاصة لبيان ما إذا كانت تجيز اثبات الزوجية بالاقرار من عدمه.(٤٨٧)

والثانى: هو عدم جواز سماع دعوى الزوجية – فى حالة الانكار – إلا إذا كانت ثابته بوثيقه رسمية ، وعدم سماع الدعوى هو فى حقيقته دفع بعدم قبول الدعوى وقبول الدعوى أو عدم قبولها مسألة اجرائية ولذلك ينطبق هذا الحكم بشأن علاقات المسلمين المتحدى الملة والطائفة فلا تسمع الدعوى فى حالة عدم ثبوت الزواج فى ورقه رسمية.

وقبل ان نعلق على هذه الآراء وصولا الى الرأى الذى نقتنع بـه فاننا نشير الى ما استقر عليه قضاء محكمة النقض بشأن تحديد طبيعة عدم سماع الدعوى فقد قضت محكمة النقض بانه "وان كانت الشريعة الإسلامية لاتعترف بالتقادم المكسب او المسقط وتقضى ببقاء الحق لصاحبه مهما طال بـه الزمن إلا انه اعمالا لقاعدة تخصيص القضاء بالزمان والمكان شرع منع سماع الدعوى بالحق الذى مضت عليه المدة ، وعدم السماع ليس مبنيا على بطلان الحق وانما هو- وعلى ماجرى عليه قضاء هذه المحكمة – نهى للقضاء عن سماعها قصد به قطع التزوير والحيل وهو على هذه الصورة لا أثر له على

(٤٨٧) وعلى سبيل المثال فقد نصت المادة ٤٣ من مجموعة ١٩٣٨ للاقباط الارثوذكس على ان "لايثبت الزواج وما يترتب عليه من الحقوق الا بتقديم صورة رسمية من عقد الزواج ، وفى حالة ثبوت ضياع العقد او اتلافه يجوز اثباته بكافة طرق الاثبات بما فيها البينة".

اصل الحق ولا يتصل بموضوعه وإنما يقتصر حكمه على مجرد سماع الدعوى او عدم سماعها".(٤٨٨)

وهذا الحكم السابق يحدد طبيعة عدم سماع الدعوى في حالة مضى مدة معينة دون المطالبة بالحق وقد اكدت المحكمة ذات المبدأ بشأن عدم سماع الدعوى فى حالة مماثلة للحالة التى نصت عليها المادة ٩٩/ ٤ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية وهى حالة عدم سماع دعوى الوصية إلا إذا استندت لاوراق مكتوبة فقضت بانه " وقد نصت المادة الثانية من قانون الوصية رقم ٧١ لسنة١٩٤٦ بيانا لصيغة الوصية على انه (تنعقد الوصية بالعبارة او بالكتابة فإذا كان الموصى عاجزا عنها انعقدت الوصية باشارته المفهمة ، ولاتسمع عند الانكار دعوى الوصية او الرجوع القولى عنها بعد وفاة الموصى فى الحوادث السابقة على سنه الف وتسعمائة واحدى عشر الافرنجية إلا إذا وجدت اوراق خالية من شبهة التصنع تدل على ماذكر او كانت ورقة الوصية او الرجوع القولى عنها مصدقا على توقيع الموصى عليها) فقد دلت بذلك على أن المقصود من اشتراط وجود الاوراق المشار اليها لايتصل باثبات صحة الدعوى سواء من جهة الشكل او من جهة الموضوع وإنما قصد به مجرد التحقق مبدئيا من أن الدعوى تستند الى ما يدل على صحتها وذلك تحرزا من التلفيق والتصنع وهو مما لا أثر له على اصل الحق ولايتصل بموضوعه وحكمه قاصر على مجرد سماع او عدم سماع الدعوى".(٤٨٩)

ومن قضاء النقض سالف الذكر نستطيع ان نقرر انها اعتبرت مسألة

---

(٤٨٨) نقض ١٩٦٩/٢/١٢ فى الطعن رقم ٢٨ لسنة٣٥ ق - مجموعة س٢٠ ص٣٠٦.
(٤٨٩) نقض ١٩٦٩/١١/٤ فى الطعن رقم ١٩٣ لسنة٣٥ ق-مجموعة س٢٠ص ١١٥٩.

سماع الدعوى او عدم سماعها مسألة اجرائية لاترتبط بأى حال باثبات الحق ولابموضوعه وهو مايتفق مع ماذهب اليه الرأى الاول ، وهو ما نؤيده بشرط الا يفهم من ذلك انه يجوز اثبات الزواج بالاقرار إذا كانت الشريعة الخاصة لاتجيز اثبات الزواج بالاقرار ، فالإقرار بالزوجية (او بتعبير ادق: عدم انكارها) ينتج اثره فى سماع الدعوى فقط دون ان يمتد ذلك الى مسألة اثبات الزوجية فقد لاتكتفى الشريعة الخاصة بالاقرار بالزوجية فقط لإثبات الزوجية وبما لايعنى سماع الدعوى قبول الاقرار كوسيلة لإثبات الزوجية.

ولذلك فاننا نرى ان الرأى الثانى الذى يرى ان المادة ٤/٩٩ تتضمن قاعدة من قواعد اثبات الزواج اى قاعدة موضوعية تطبق بشأنها الشريعة الخاصة ، يخلط بين مسألة سماع الدعوى - وهى مسألة اجرائية - وبين مسألة قبول الاقرار كوسيلة للاثبات وهى مسألة موضوعية لاحقة لمسألة سماع الدعوى او عدم سماعها ، وقد ادى هذا الخلط الى القول بان دعوى الزوجية تسمع لدى الكاثوليك والبروتستانت - رغم الانكار ورغم عدم وجود الوثيقة - استنادا لان الاثبات عندهم يمكن ان يتم بكافة وسائل الاثبات(٤٩٠) رغم ما فى ذلك من خلط بين مسألة سماع الدعوى ومسألة وسائل للاثبات ، فيجب اولا لسماع الدعوى وجود الوثيقة أو الاقرار بالزوجية او عدم انكارها فإذا لم يحدث ذلك فان الدعوى لاتسمع حتى ولو كانت الشريعة الخاصة تجيز اثبات علاقة الزوجية بكافة وسائل الاثبات مثل البينة.

كما ان الرأى المذكور يؤدى الى نتيجة غريبة هى عدم سماع دعوى الزوجية إذا لم تكن ثابتة بوثيقة رسمية عند بعض الطوائف المسيحية وبصفة خاصة الاقباط الارثوذكس حيث لاتجيز المادة ٤٣ من مجموعة ١٩٣٨

(٤٩٠) راجع - جميل الشرقاوى - السابق ص٢٢٥ ، ٢٢٦.

الاثبات بغير الوثيقة الرسمية بينما تسمع الدعوى رغم عدم وجود وثيقة رسمية عند الكاثوليك والبروتستانت بحجة انه يجوز اثبات علاقة الزوجية بكافة الوسائل عندهم ، ومعنى ذلك ان القانون يضع حكما واحدا هو ضرورة التوثيق عند جميع الطوائف ولايضع جزاء لمخالفته سوى عند طائفة واحدة من هذه الطوائف فقط ، اما عند باقى الطوائف فيكون اشتراط التوثيق لغوا لاطائل من ورائه طالما ان الدعوى تسمع حتى لو لم يتم التوثيق.

ولذلك فاننا لا نسير ايضا مع منطق الرأى الثالث فى ان المادة ٤/٩٩ تتضمن فى شق منها حكما موضوعيا هو جواز اثبات الزواج بالاقرار ، فهذا الحكم مقرر بمقتضى القواعد العامة فى الاثبات ويؤخذ به دون حاجة الى نص بشرط الا يتعارض مع نص فى احدى الشرائع الخاصة ، وفى جميع الاحوال فان هذا الحكم لا شأن له بسماع الدعوى أو عدم سماعها ، فإذا كانت المنازعة خاضعة لشريعة الاقباط الارثوذكس وهى التى لا تجيز اثبات الزوجية بغير ورقة رسمية ، ولم يتم انكار الزوجية ، فان الدعوى تسمع ولكن لايكفى ذلك للقول بثبوت علاقة الزوجية فلابد ايضا - وهذه مسألة لاحقة لسماع الدعوى - من وجود الورقة الرسمية التى اشترطتها المادة ٤٣ من مجموعة ١٩٣٨ ، فالاقرار قد يكفى لسماع دعوى الزوجية ولكنه قد لايصلح وسيلة لاثباتها.

ولذلك فان خلاصة ماتراه هنا هو ان:

١- لاتسمع دعوى الزوجية عند الانكار إلا إذا كانت ثابته بوثيقة رسمية وذلك بالنسبة جميع المصريين لان هذه القاعدة قاعدة اجرائية.

٢- تسمع دعوى الزوجية عند عدم الانكار وذلك بالنسبة لجميع المصريين ، دون ان يكون ذلك كافيا لاثبات علاقة الزوجية إذا كانت الشريعة الخاصة لاتجيز اثباتها الا بوثيقة رسمية.

وايضاحا لذلك فاننا نركز على التمييز بين المسائل الثلاثة التالية:

أولا: مسألة الشكلية:

وهى ركن اساسى من اركان عقد الزواج لدى الطوائف المسيحية وتتمثل فى الشكل الدينى الذى يتم بالصلوات وحضور رجل الدين والشهود اما الكتابة فليست من اركان الشكل الدينى للزواج المسيحي(٤٩١) ولذلك فان الكتابة التى تتم بمعرفة رجل الدين - بعد استيفاء الشكل الدينى - فى وثائق خاصة بالكنيسة ليست من عناصر الشكل الدينى ولكنها من وسائل الاثبات.(٤٩٢)

ثانيا: مسألة سماع دعوى الزوجية:

ويشترط لسماع هذه الدعوى وجود وثيقة رسمية او الاقرار بالزوجية او عدم انكارها وفقا للمادة ٩٩/ ٤ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية والتى تطبق على جميع المصريين مسلمين وغيرهم حتى ولو اتحدوا فى الملة والطائفة ، ويقصد بالوثيقة هنا تلك التى يحررها الموثق المنتدب وفقا للقانون - وليست تلك الوثائق الخاصة بالكنائس والتى نصت عليها بعض الشرائع الخاصة - فإذا لم توجد الوثيقة الرسمية وتم انكار الزوجية فان الدعوى

(٤٩١) راجع - حسام الاهوانى - السابق ص٤٥٧ ، ٤٥٨.
(٤٩٢) راجع المواد ٣٣ ، ٣٤ ، ٣٥ من مجموعة ١٩٣٨ والتى تتضمن القواعد الخاصة بكتابة عقد الزواج بمعرفة رجل الدين والسجلات التى يثبت فيها ذلك وايضا المادة ٩٢ من الارادة الرسولية.

لاتسمع بالنسبة لجميع المصريين ومن ثم فلا تطرح على الاطلاق مسألة كيفية اثبات علاقة الزوجية.

ثالثا: مسألة اثبات الزواج:

ويفترض هنا اننا بصدد دعوى مقبولة (مسموعة) وذلك اما لوجود الوثيقة الرسمية او لعدم انكار علاقة الزوجية (او الاقرار بها) ، فإذا كانت الدعوى مسموعة بسبب وجود الوثيقة الرسمية (المحررة بمعرفة الموثق المنتدب) فان الزواج يعد ثابتا بهذه الوثيقة لدى جميع الطوائف دون خلاف ، وهذه الوثيقة يمكن دائما استخراج صورة رسمية منها.

أما إذا كانت الدعوى قد سمعت بسبب عدم انكار الزوجية او الاقرار بها فان اثبات الزواج هنا (وهى مسألة موضوعية) يخضع لاحكام الشريعة الخاصة:

فعند الاقباط الارثوذكس:

نصت المادة ٤٣ من مجموعة ١٩٣٨ على انه "لايثبت الزواج وما يترتب عليه من الحقوق الا بتقديم صورة رسمية من عقد الزواج ، وفى حالة ثبوت ضياع اصل العقد أو اتلافه يجوز اثباته بكافة طرق الاثبات بما فيها البينة".

والفرض الذى نتناوله هنا هو ان العقد لم يوثق بمعرفة الموثق المنتدب وهو فرض نادر لايتصور حدوثه فى الوقت الحالى لان الموثق المنتدب هو نفسه رجل الدين الذى يتولى اجراء الشكل الدينى اللازم للزواج ، ولا يتصور ان يحرر عقد الزواج فى وثائق الكنيسة فقط دون ان يحرره فى الوثيقة الرسمية التى يحررها بصفته موثقا منتدبا.

فإذا تصورنا ذلك – جدلا – فانه لايجوز اثبات الزواج الا بالعقد المكتوب المحرر وفقا للمادتين ٣٣ ، ٣٤ من مجموعة ١٩٣٨ ، فإذا تصورنا ايضا ان رجل الدين رغم قيامه بالشكل الدينى لم يقم بتحرير هذا العقد ايضا فانه لن يكون من الممكن اثبات الزواج باية وسيلة اخرى(٤٩٣) وهو فرض نادر جدا إذ لايتصور عملا ان يجرى رجل الدين مراسم الزواج وفقا للشكل الدينى وألا يقوم باثبات ذلك لا فى الوثيقة الرسمية التى يحررها بصفته موثقا منتدبا ولا فى سجلات الكنيسة التى يحررها بصفته من رجال الدين.

ولكن إذا حرر رجل الدين العقد وفقا للمادتين ٣٣ ، ٣٤ من مجموعة ١٩٣٨ ثم ضاع هذا العقد او تلف فهنا يجوز اثبات الزواج بكافة طرق الاثبات بما فيها البينة (شهادة الشهود).

أما عند الكاثوليك والبروتستانت:

فلا توجد قواعد خاصة باثبات الزواج ولذلك يمكن القول انه فى حالة عدم وجود الوثيقة الرسمية المحررة بمعرفة الموثق المنتدب – وهو فرض نادر – فانه يمكن اثبات الزواج بكافة وسائل الاثبات بما فيها البينة والشهرة بالزواج (الحالة الظاهرة) ويمكن الاستعانة بسجلات للزواج المنصوص عليها فى المادة ٩٢ بند ١ من الارادة الرسولية(٤٩٤) ومن البديهى انه يجوز الاخذ

---

(٤٩٣) فلا يجوز الاثبات باى وسيلة اخرى "كالبينة او القرائن او حتى اى كتابة اخرى بل من الممكن ان نقول ان النص لايسمح بجوز اثبات الزواج بالاقرار او اليمين الحاسمة" جميل الشرقاوى – السابق ص٢٢٠ ، "ولقد كان النص صريحا على عدم اباحة اثبات الزواج بكل طرق الاثبات وذلك حتى لايفتح الباب على مصراعيه امام اصحاب العلاقات غير المشروعة لتحويلها الى علاقات زواج عن طريق شهادة الشهود بما يحيط بها من شكوك ، فالاثبات بكل الوسائل من شأنه ان يهدم نظام الزواج فالدليل يجب ان يعد مقدما وليس بصورة لاحقة لان هذا هو الفارق بين العلاقة الشرعية والعلاقة غير الشرعية" حسام الاهوانى – السابق ص٤٧٠.

(٤٩٤) راجع فى هذا المعنى – جميل الشرقاوى – السابق ص٢٢١ ، وايضا توفيق فرج السابق ص٦٢٦ هامش (١).

بالاقرار كوسيلة من وسائل اثبات الزواج لدى الكاثوليك والبروتستانت وذلك بخلاف الاقباط الارثوذكس.

المطلب الثانى

الشكل الدينى فى الشريعة اليهودية(٤٩٥)

يعتبر الشكل الدينى شرطا جوهريا لقيام الزواج فى الشريعة اليهودية كما هو الحال فى الشريعة المسيحية وتتمثل الشكلية عند اليهود فى "التقديس وكتابة العقد وصلاة البركة".

والتقديس يتم بان يقول الرجل للمرأة امام الشهود "تقدست لى زوجة بهذا الخاتم او بكذا إذا كان شيئا آخر بشرط ان يكون مملوكا للرجل".(٤٩٦) والتقديس ضرورى لدى الربانيين والقرائين وبدونه لاتعد الزوجة زوجة شرعا وبه ترتبط الزوجة شرعا فلا تحل لآخر الا بالطلاق او الوفاة.

اما الكتابة عند اليهود فانها شرط جوهرى يبطل الزواج بدونه ولا يغنى التقديس عن الكتابة وبذلك لاتعتبر الكتابة فى اليهودية مجرد وسيلة للاثبات كما هو الحال فى الشريعة المسيحية ، ولكنها جزء من الشكل بحيث لاينعقد العقد بدونها.(٤٩٧)

---

(٤٩٥) راجع تفصيلا - توفيق فرج - السابق ص٦٣٢ وما بعدها ، احمد سلامة - السابق ص٦٢٠ وما بعدها.

(٤٩٦) وهذه هى العبارات التى تقال عند الربانيين وهناك عبارات مشابهة لدى القرائين ايضا - راجع توفيق فرج - السابق ص٦٣٢ ، ٦٣٣.

(٤٩٧) وذلك عند الربانيين والقرائين ، ويجب ان يشتمل العقد على ذكر المهر وحقوق وواجبات الزواج الشرعية وما يشترطه الزوجان على بعضهما مما لايخالف الاصول او الشرع وما يكون الزوج قد اخذه من الزوجة ، وما يجب لها عليه من مؤجل الصداق - راجع توفيق فرج - السابق ص٦٣٣.

وأخيرا لايحل للرجل الدخول بالمرأة قبل ان تتم صلاة البركة ، وهى تتم بحضور عشرة رجال على الاقل فى احتفال علنى تقام فيه مراسم دينية معينة ويتم فيها تبريك الزوجين ، فإذا ما تمت تلك المراسم الدينية يجوز للرجل الدخول بزوجته وتحل له.

وقد لاحظنا ان الكتابة فى شريعة اليهود هى جزء من الشكل ولذلك لاينعقد العقد الا بوجودها وقد سبق ان ذكرنا ان الموثق المنتدب يكون فى نفس الوقت من رجال الدين ، وقد يتصور ان يتم تحرير العقد كتابة ثم توثيقه بعد ذلك ، وفى هذه الحالة يكون التوثيق مجرد اثبات للعقد بصفة رسمية ويكون العقد منعقدا وصحيحا بالكتابة الاولى باعتبارها محررا عرفيا ، أما إذا لم تتم الكتابة قبل التوثيق فان التوثيق نفسه يعد محققا لشرط الكتابة المتطلب فى الشريعة اليهودية فان لم تتم الكتابة على اى نحو فان العقد يكون باطلا.(٤٩٨)

ونكرر هنا ما قلناه بالنسبة للطوائف المسيحية ، فيطبق نص المادة ٩٩/ ٤ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية والخاص بعدم سماع دعوى الزوجية عند الانكار إذا لم توجد وثيقة رسمية ، أما فى حالة الاقرار (او عدم الانكار) فان الدعوى تسمع وفى هذه الحالة فان اثبات الزواج لايمكن ان يتم وفقا للشريعة اليهودية الا بالكتابة ولو كانت عرفية وذلك لان الكتابة فى الشريعة اليهودية شرط للانعقاد ، إلا انه إذا ثبت وجود العقد المكتوب ثم تلف أو ضاع فيمكن ان يتم الاثبات بكافة وسائل الاثبات تطبيقا للقواعد العامة ، وبشرط ان يثبت انه كان هناك عقد مكتوب من قبل.

---

(٤٩٨) راجع فى هذا المعنى - توفيق فرج - السابق ص٦٣٥ وما بعدها.

المبحث الثالث

الجزاء على شروط الزواج(٤٩٩)

المطلب الاول

جزاء شروط الزواج فى الشريعة المسيحية

أولا: البطلان هو جزاء تخلف شروط العقد:

جزاء تخلف شروط العقد فى القواعد العامة هو البطلان ، وقد يكون العقد باطلا بطلانا مطلقا او قابلا للابطال (باطلا بطلانا نسبيا) فإذا ثبت بطلان العقد من الاصل او قضى بإبطاله تعين اعادة الطرفين الي الحالة التى كانا عليها قبل العقد ، ويلاحظ ان تطبيق هذه القواعد بشأن الزواج يمثل خطورة لايمكن انكارها وخاصة فيما يتعلق باثبات نسب الاولاد المولودين من هذا الزواج الباطل ولذلك يحاول دائما توقى بطلان عقد الزواج قبل اتمامه باجراءات شهر الخطبة وإذن الرئيس الدينى وإجازة الإعتراض على الزواج.

فإذا ما تم الزواج وحدث عيب فى شروط العقد فان تشريعات الطوائف المختلفة قد حرصت على عدم ترتيب البطلان على تخلف كل الشروط والاجراءات اللازمة لابرام الزواج ولكن يترتب البطلان على تخلف الشروط الجوهرية فقط وهى قيام الرضا الصحيح وعدم وجود مانع من الموانع وشرط الانعقاد الدينى ، فإذا لم يكن الشرط من الشروط الجوهرية بل كان من الاجراءات التى تتم بمناسبة ابرام الزواج ، فلا يترتب على تخلفه

---

(٤٩٩) راجع تفصيلا - توفيق فرج - السابق ص٦٣٧ وما بعدها ، احمد سلامة - السابق ص٦٤٤ وما بعدها.

بطلان الزواج مثل عدم اتخاذ اجراءات الاعلان عن الزواج او عدم الحصول على اذن الرئيس الدينى.(٥٠٠)

كما يراعى ان الارادة الرسولية للكاثوليك تفرق بين الموانع المبطلة والموانع المحرمة فلا يترتب البطلان عند وجود احد الموانع المحرمة مثل الزواج بين كاثوليكى ومسيحى غير كاثوليكى ، كما يعتبر التفسيح من الوسائل الفعالة لتقليل حالات البطلان وذلك بالاعفاء من بعض الموانع ، فيكون الزواج صحيحا رغم تحقق المانع طالما تم التفسيح منه (الاعفاء منه).(٥٠١)

ونشير الى ان البطلان يختلف عن انهاء الزواج بالتطليق ، فالبطلان جزاء على تخلف الشروط اللازمة لانعقاد العقد او لصحته ، فسبب البطلان يكون قائما وقت ابرام العقد نفسه اما سبب التطليق فينشأ بعد اتمام الزواج ونشأة العقد صحيحا خاليا من العيوب ، ويترتب على ذلك ان القضاء ببطلان العقد يعنى ان الطرفين لم يكونا زوجين من قبل اى منذ ابرام العقد الذى يعتبر كان لم يكن ، اما الحكم بالتطليق فينصرف الى المستقبل فقط وتظل الزوجية قائمة بكل آثارها فى الفترة السابقة على الحكم بالتطليق.

وتتضح اهمية التفرقة بينهما فى ان التطليق لايجوز الا فى حالات قليلة ومحددة فى الشريعة المسيحية بل انه لايجوز اصلا فى المذهب الكاثوليكى ، اما البطلان فيجوز طالما وجد عيب فى العقد وبذلك يمكن فصم العلاقة الزوجية حتى ولو لم تكن الشريعة الخاصة تجيز التطليق مثل الكاثوليك.(٥٠٢)

---

(٥٠٠) راجع تفصيلا - توفيق فرج - السابق ٦٣٨ - ٦٤١.
(٥٠١) راجع المواد ٣٢ - ٤٧ من الارادة الرسولية.
(٥٠٢) راجع فى هذا المعنى - توفيق فرج - السابق ص٦٤٥.

وقد اوضحت محكمة النقض هذه التفرقة فقررت ان "بطلان الزواج هو الجزاء على عدم استجماع الزواج شروط قيامه وهو ينسحب على الماضى بحيث يعتبر الزواج لم يقم اصلا ، وهو بهذه المثابة يفترق عن انحلال الزواج بالتطليق الذى يفترض قيام الزواج صحيحا مستوفيا اركانه وشرائطه القانونية، فيعد انهاء للزواج بالنسبة للمستقبل مع الاعتراف بكل آثاره فى الماضى".[٥٠٣]

ثانيا: انواع البطلان:

ينقسم البطلان فى القواعد العامة فى القانون المدنى الى بطلان مطلق وبطلان نسبى والبطلان المطلق يجوز التمسك به من كل ذى مصلحة ويجوز للمحكمة ان تقضى به من تلقاء نفسها ، ولايزال بالاجازة ، وعكس ذلك بالنسبة للبطلان النسبى الذى لايجوز التمسك به الا من العاقد الذى قرر لصالحه ولا يجوز للمحكمة ان تقضى به من تلقاء نفسها ويزول بالاجازة.

ويبدو ان شريعة الكاثوليك لاتعرف هذا التقسيم فالزواج فيها اما ان يكون باطلا وأما ان يكون صحيحا[٥٠٤] ، أما مجموعة ١٩٣٨ للاقباط الارثوذكس فقد اخذت بتقسيم البطلان الى بطلان مطلق وبطلان نسبى على النحو التالى:

---

(٥٠٣) نقض ١٩٧٦/١٢/١٥ فى الطعن رقم ٢٠ لسنة٤٥ ق مجموعة س٢٧ ص١٧٤٨.
(٥٠٤) راجع – توفيق فرج – السابق ص٦٥٠.

(أ) البطلان النسبى:

يتحقق البطلان النسبى عندما يتخلف شرط من شروط صحة الزواج[٥٠٥] فيكون الزواج باطلا بطلانا نسبيا فى مجموعة ١٩٣٨ إذا وجد عيب من عيوب الرضا او فى حالة القاصر بغير إذن وليه.

وبشأن عيوب الرضا فقد نصت المادة ٣٧ من مجموعة ١٩٣٨ على انه "إذا عقد الزواج بغير رضاء الزوجين أو احدهما رضاء صادرا عن حرية واختيار فلا يجوز الطعن فيه الا من الزوجين او من الزوج الذى لم يكن حرا فى رضائه وإذا وقع غش فى شخص احد الزوجين فلا يجوز الطعن فى الزواج الا من الزوج الذى وقع عليه الغش وكذلك الحكم فيما إذا وقع غش فى شأن بكارة الزوجة بان ادعت انها بكر وثبت ان بكارتها ازيلت بسبب سوء سلوكها او فى خلوها من الحمل وثبت انها حامل" ، كما نصت المادة ٣٨ منها على ان "لا تقبل دعوى البطلان فى الاحوال المنصوص عليها فى المادة السابقة الا إذا قدم الطلب فى ظرف شهر من وقت ان اصبح الزوج متمتعا بكامل حريته او من وقت ان علم بالغش وبشرط ان لايكون حصل اختلاط زوجى من ذلك الوقت".

ويتضح من هذين النصين خصائص البطلان النسبى فى حالة عيوب الرضا:

١- فلا يمكن طلب ابطال العقد إلا من الطرف الذى تحقق لديه عيب الارادة (الغلط أو الاكراه).

٢- يزول التمسك بالابطال بمضى المدة او بالاجازة فلا يجوز ذلك إذا مضى شهر من وقت زوال الاكراه او العلم بالغلط ، كما لايجوز أيضا التمسك

---

(٥٠٥) احمد سلامة - السابق ص٦٤٧.

بالابطال اذا حصل اختلاط زوجى بين الزوجين ولو قبل مدة الشهر وهو ما يعد اجازة ضمنية للزواج.(٥٠٦)

أما بشأن زواج القاصر دون إذن وليه فقد نصت المادة ٣٩ من مجموعة ١٩٣٨ على انه "إذا عقد زواج القاصر بغير إذن وليه فلا يجوز الطعن فيه إلا من الولى او من القاصر" ونصت المادة ٤٠ على انه "ومع ذلك لاتقبل دعوى البطلان من الزوج ولا من الولى متى كان الولى قد أقر الزواج صراحة او ضمنا او كان قد مضى شهر على علمه بالزواج ولا تقبل الدعوى ايضا من الزوج بعد مضى شهر من بلوغه سن الرشد".

ومن هذين النصين ايضا تتضح خصائص البطلان النسبى:

١- يجب طلب الابطال من الولى او من القاصر فلا يجوز للطرف الآخر ان يتمسك بالابطال لهذا السبب.

٢- تزول القابلية للابطال بمضى المدة فإذا لم يطلبه الولى خلال شهر من علمه بالزواج او لم يطلبه القاصر خلال شهر من بلوغه سن الرشد فان دعوى الابطال لاتقبل ، ويزول الحق فى طلب الابطال ايضا إذا اجاز الولى الزواج صراحة او ضمنا.

---

(٥٠٦) وقد قضت محكمة النقض بانه "وكان مفاد هذين النصين (م٣٧ ، ٣٨ من مجموعة ١٩٣٨) ان الغش فى بكارة الزوجة يجيز ابطال الزواج على اساس انه غلط فى صفة جوهرية يعيب الارادة بشرط ان يرفع الزوج دعوى البطلان فى ظرف شهر من وقت علمه بالغش على ألا يكون قد حصل اختلاط زوجى بين الطرفين بعد هذا العلم لان ذلك يعتبر اجازة ضمنية للعقد" نقض ١٢/ ٦/ ١٩٧٤ فى الطعن رقم ١٢ لسنة٤٠ ق مجموعة س٢٥ ص١٠٣٥ ، كما قضت ايضا بانه "كما وان هذا البطلان نسبى يزول بالاجازة اللاحقة من الزوج الذى وقع فى الغلط ، ويعتبر اجازة لاحقة السكوت عن طلب الابطال مدة شهر من وقت صيرورة الزوج المكره متمتعا بكامل حريته او علم الزوج الذى وقع فى الغلط بما وقع فيه ، ويعتبر الاختلاط الزوجى بعد اكتشاف الغلط من قبيل الاقرار اللاحق" نقض ١٥/ ١٢ / ٧٦ فى الطعن رقم ٢٠ لسنة٤٥ق مجموعة س٢٧ ص١٧٤٨.

(ب) البطلان المطلق:(٥٠٧)

البطلان المطلق هو الجزاء على تخلف ركن من اركان الزواج(٥٠٨) ولذلك يمكن القول انه يتحقق فى الشرائع المسيحية بصفة عامة فى الحالات التالية:

١- انعدام الرضا:

ويختلف الامر عن حالة عيوب الرضا ففى الحالة الاخيرة يوجد الرضا معيبا اما هنا فلا يوجد الرضا اصلا ويتحقق ذلك إذا لم يكن الرضا حالا بان كان معلقا على شرط او مضافا لاجل أو إذا انعدمت الارادة كارادة الصبى غير المميز او المجنون او ارادة الهازل او السكران.

٢- وجود مانع من موانع الزواج:

فإذا وجد مانع من موانع الزواج فانه يكون باطلا مع مراعاة ان الموانع المحرمة لايترتب عليها البطلان ، كما لايترتب البطلان ايضا فى حالة التفسيح (الاعفاء) من الموانع ، ومع ملاحظة ان من الموانع ما تختص به بعض الطوائف دون غيرها فالبروتستانت لايعترفون بالرهبنة على سبيل المثال ولذلك لايتصور ان تكون مانعا للزواج عندهم.

٣- تخلف الشكل الدينى:

إذ أن الشكل الدينى ركن من اركان الزواج المسيحى كما اوضحنا ذلك فى اكثر من مناسبة.

---

(٥٠٧) راجع تفصيلا - توفيق فرج - السابق ص٦٥٠ وما بعدها.
(٥٠٨) احمد سلامة السابق ص٦٤٦.

وقد اوضحت المادة ٤١ من مجموعة ١٩٣٨ خصائص البطلان المطلق فوصفت العقد بانه "يعتبر باطلا ولو رضى به الزوجان او أذن به ولى القاصر وللزوجين وكل ذى شأن حق الطعن فيه" مع مراعاة "انه لايكفى ان يوجد سبب البطلان حتى يعتبر الزواج باطلا ، بل لابد ان يطلب البطلان من تقرر لصالحهم او من كل ذى مصلحة ، سواء كان ذلك عن طريق الدعوى او عن طريق الدفع".[٥٠٩]

ثالثا: آثار البطلان:[٥١٠]

القاعدة ان الحكم ببطلان الزواج[٥١١] يزيل الزواج بالنسبة للمستقبل والماضى بحيث يعتبر الزواج كأن لم يكن ، وفى هذه الحالة يكون لكل شخص الحق فى ان يتمسك بهذا الوضع حتى ولو كانت دعوى البطلان قد قررت لاشخاص معينين فقط ، لأن الزواج او عدم الزواج وصف يلحق الشخص فى علاقاته بجميع الناس ولهذا لايخضع الحكم الصادر ببطلان الزواج لقاعدة نسبية الاحكام وعدم حجيتها إلا بين الخصوم ويترتب على ذلك ان يكون الاولاد الناتجين عن الزواج الذى يحكم ببطلانه غير شرعيين ، كما ينقضى الالتزام بالنفقة بين الزوجين ، بل وتنقضى كل الحقوق التى تثبت لاى منهما استنادا الى الزواج الذى كان بينهما ، وتعتبر العلاقة التى تمت بين الرجل والمرأة فى الفترة السابقة على الحكم بالبطلان بمثابة معاشرة غير مشروعة ، وبصفه عامة يعاد الطرفان الى الحالة التى كانا عليها قبل قيام زواجهما الباطل ، ويرد كل منهما ما تسلمه من الآخر ، لكونه غير مستحق له ، وإذا كان احد الطرفين قد آل اليه ميراث من الطرف الاخر الذى توفى

---

(٥٠٩) راجع – توفيق فرج – السابق ص٦٥٢.
(٥١٠) راجع تفصيلا – توفيق فرج – السابق ص٦٥٢ وما بعدها.
(٥١١) سواء كان الزواج باطلا بطلانا مطلقا أم باطلا بطلانا نسبيا.

قبل صدور الحكم بالبطلان ، فيجب عليه ان يرد ما أخذه على سبيل الميراث الى ورثة المتوفى المستحقين للميراث منه ، وكل ذلك يترتب على فكرة الاثر الرجعى للبطلان.[٥١٢]

ولكن تطبيق هذه القواعد بالنسبة للزواج يعد امرا بالغ الخطورة ، ولذلك اتجهت القواعد الكنسية الى الحد من حالات البطلان ومن الاثر الرجعى له وذلك باللجوء الى فكرة تصحيح الزواج وفكرة الزواج الظنى.

(أ) تصحيح الزواج الباطل:[٥١٣]

يكون ذلك بصفه خاصة إذا زال السبب الذى يؤدى للبطلان كما لو كان هناك مانع من الموانع وسقط هذا المانع مثل مانع السن إذا بلغ الزوج السن المقررة او مانع اختلاف المذهب إذا اعتنق الزوج الآخر ذات المذهب.

فقد نصت المادة ٤٢ من مجموعة ١٩٣٨ (والتى تلى المادة ٤١ التى تقرر البطلان فى حالات معينة) "ومع ذلك فالزواج الذى يعقد بين زوجين لم يبلغ احدهما او كلاهما السن المقررة فى المادة ١٦ لايجوز الطعن فيه إذا مضى من وقت بلوغ الزوج او الزوجين السن القانونية أو إذا حملت الزوجة ولو قبل انقضاء هذا الاجل" ويلاحظ ان هذه الحالة تختلف عن حالة زواج القاصر التى نظمتها المادتان ٣٩ ، ٤٠ من مجموعة ١٩٣٨[٥١٤] والتى يكون فيها البطلان نسبيا وذلك إذا كان أحد الزوجين او كلاهما قد بلغ سن الزواج ولم يكن قد بلغ سن الرشد بعد ، اما فى حالتنا هذه فاحد الزوجين او كلاهما لم يبلغ السن المقررة للزواج والاصل ان يقع الزواج هنا باطلا بطلانا مطلقا

---

(٥١٢) راجع - توفيق فرج - السابق ص٦٥٣ ، ٦٥٤.
(٥١٣) راجع تفصيلا - توفيق فرج - السابق ص٦٥٥ وما بعدها.
(٥١٤) راجع ما سبق تحت عنوان: البطلان النسبى.

كما قضت بذلك المادة ٤١ من مجموعة ١٩٣٨ الا ان هذا الزواج يصحح فى الحالتين المذكورتين بالمادة ٤٢ منها وهما:

١- إذا مضى شهر من وقت بلوغ السن القانونية.

٢- إذا حملت الزوجة ولو قبل انقضاء المدة سالفة الذكر.

فإذا تحققت احدى هاتين الحالتين فان "البطلان يزول ولا يحق ان ترفع به دعوى ولم يشر النص الى تجديد الرضا بالزواج بعد البلوغ".[٥١٥]

ويضيف الفقه القبطى الارثوذكسى امثلة لموانع اخرى يمكن تصحيح الزواج فيها إذا زال المانع.[٥١٦]

كما نظمت الارادة الرسولية للكاثوليك نوعين من تصحيح الزواج[٥١٧] فهناك التصحيح البسيط ويبدو انه تصحيح دون اثر رجعى[٥١٨] ويكون ذلك فى حالات:

١- البطلان بسبب وجود مانع إذا زال بعد ذلك أو تم الاعفاء منه وبشرط صدور ورضاء جديد بعد زوال المانع.

٢- البطلان لتخلف الرضا: فإذا كان الزواج باطلا لتخلف ارضا فان تصحيحه يتم متى صدر الرضا من الطرف الذى تخلف رضاه ، ويشترط ان يظل رضا الطرف الآخر بالزواج قائما.

---

(٥١٥) توفيق فرج - السابق ص٦٥٦.
(٥١٦) ومن ذلك حالة اعتناق الزوج غير المسيحى للمسيحية وحالة توبة المرأة التى اشتهرت بالزنا إذا اجاز الرئيس الدينى ذلك - راجع تفصيلا - توفيق فرج - السابق ص٦٥٧ ، ٦٥٨.
(٥١٧) راجع تفصيلا - توفيق فرج - السابق ص٦٥٩ وما بعدها.
(٥١٨) راجع فى هذا النوع من التصحيح - احمد سلامة - السابق ص٦٥٧.

٣- البطلان لتخلف الانعقاد الدينى: فإذا كان الزواج باطلا لتخلف الشكل الدينى فيجب ان يعاد العقد من جديد فى الشكل المشروع مع تبادل الرضا امام الكاهن المختص والشهود.

وهناك ايضا التصحيح من الاصل وهو ذو اثر رجعى[٥١٩] ولذلك فهو لايحصل إلا على سبيل الاستثناء وبقرار من الكرسى الرسولى.[٥٢٠]

(ب) الزواج الظنى:[٥٢١]

"الزواج الظنى زواج باطل إلا إن بطلانه لاينتج اثرا إلا بالنسبة للمستقبل فقط نظرا لحسن نية الزوجين أو احدهما ، أما بالنسبة للفترة السابقة على الحكم بالبطلان فان آثار البطلان لاتمتد إليها ، بل يترتب على قيام العلاقة فيها بين الزوجين نفس الآثار التى تترتب على العلاقة الزوجية اذا كان الزواج صحيحا"[٥٢٢] والحكمة من الاخذ بهذه الفكرة هى الرغبة فى تلافى النتائج التى تترتب على البطلان بالنسبة الى الماضى ، وقد نصت المادة ٤٤ من مجموعة ١٩٣٨ على ان "الزواج الذى حكم ببطلانه يترتب عليه مع ذلك آثاره القانونية بالنسبة للزوجين وذريتهما إذا ثبت أن كليهما

---

(٥١٩) راجع فى هذا النوع من التصحيح - احمد سلامة - السابق ص٦٥٨.
(٥٢٠) م١٣٠ بند ١ من الارادة الرسولية ، او للبطريرك فى حالة البطلان لتخلف الشكل او البطلان لمانع يمكن للبطريرك التفسيح منه (م ١٣ بند ٢) ، وهنا يفرق بين ما إذا كان الرضا موجودا لدى الزوجين وتخلف الشكل او وجد مانع من الموانع الكنسية وهنا يجوز التصحيح من الاصل دون تجديد الرضا بالزواج مرة اخرى ، أما إذا كان الزواج باطلا لتخلف الرضا فلا يرد عليه تصحيح من الاصل ، فإذا صدر رضا جديد بالزواج فان التصحيح يكون من وقت وجود الرضا فقط - راجع توفيق فرج - السابق ص٦٦٢ وما بعدها ، وراجع تفصيلا فى تصحيح الزواج لدى الكاثوليك - المواد ١٢٢ - ١٣٠ من الارادة الرسولية.
(٥٢١) راجع تفصيلا - توفيق فرج - السابق ص٦٦٤ وما بعدها ، احمد سلامة - السابق ص٦٦١ وما بعدها.
(٥٢٢) توفيق فرج - السابق ص٦٦٤.

حسن النية أى يجهل وقت الزواج سبب البطلان الذى يشوب العقد.

اما إذا لم يتوافر حسن النية الا من جـانب احد الزوجين دون الآخر فالزواج لايترتب عليه آثاره إلا بالنسبة لهـذا الـزوج ولأولاده المرزوقين من ذلك الزواج".(٥٢٣)

ويتضح من النص السـابق ان الشـروط الـلازم توافرهـا لتحقق فكرة الزواج الظنى هى:(٥٢٤)

١- ان يكون هناك مظهر قانونى للزواج:

وبمعنى آخر الا يكون الزواج منعدمـا ، فـإذا كـان الـزواج منعدمـا - وليس باطلا - فلا تطبق النظرية ، ومثال ذلك اتحاد الزوجين فى الجنس مثلا، أو إذا لم يتم التكليل لدى الاقباط الارثوذكس على الاقل بالنسـبة لـلزواج الذى ينعقد فى مصر.(٥٢٥)

٢- *حسن النية:*

فيشترط ان يكون كلا الزوجين أو احدهما على الاقل حسن النيـة اى

---

(٥٢٣) ويشير بعض الفقه إلى أن هذا النص يكاد أن يكون ترجمـة حرفيـة لنص المـادتين ٢٠١، ٢٠٢ من القانون المدنى الفرنسى - جميل الشرقاوى - السابق ص٢٦٢ وقد نصت المادتان المذكورتان على ما يلى:

Art. 201. Le mariage qui a été déclaré nul produit, néanmoins, ses effets à l'égard des époux, lorsqu' il a été contracté de bonme foi.

Si la bonne foi n' existe que de la part de l'un des époux, le mariage ne produit ses effets qu'en faveur de cet époux.

Art. 202. Il produit aussi ses effets à l'égard des enfants, quand bien même aucun des époux n'aurait été de bonne foi.

Il est statué sur leur garde comme en matièr de divorce.

(٥٢٤) راجع تفصيلا - توفيق فرج - السابق ص٦٦٦ وما بعدها - جميل الشـرقاوى - السابق ص٢٦٣ وما بعدها.

(٥٢٥) جميل الشرقاوى - السابق ص٢٦٣ ويحدث ذلك إذا تبـادل الطرفـان الايجـاب والقبول فيما بينهما فقط - توفيق فرج السابق ص٦٦٦.

يجهل سبب البطلان ، وقد يكون الجهل ناشئا من غلط فى الواقع كان يجهل الطرفان قرابتهما لبعضهما البعض كأن يتزوج شخص من ابنة اخيه وهما لايعلمان بوجود صلة القرابة بينهما ، او عن غلط فى القانون كما إذا كانا لايعلمان ان القرابة فى هذه الدرجة تعتبر مانعا من الزواج[٥٢٦] ويفترض حسن النية حتى يثبت العكس.[٥٢٧]

٣- ان يحكم ببطلان الزواج:

وهو شرط لايذكره الفقه وان كان ضروريا - فى رأينا - إذ أن فكرة الزواج الظنى لاتطرح اطلاقا إلا إذا حكم ببطلان الزواج ويظهر ذلك بوضوح من نص الماد ٤٤ من مجموعة ١٩٣٨ والذى يقرر الزواج الذى حكم ببطلانه ...) ، أما قبل الحكم بالبطلان فلا تطرح فكرة الزواج الظنى اطلاقا ويظل الزواج - فى نظرنا - صحيحا ما لم يحكم ببطلانه.

---

(٥٢٦) ويبدو ان الفقه متفق على اعتبار الغلط فى القانون هنا مرتبا لحسن النية ولايحتج هنا بقاعدة عدم جواز الاعتذار بالجهل بالقانون - راجع - توفيق فرج - السابق ص٦٦٧، جميل الشرقاوى - السابق ص٢٦٣ ، حسام الاهوانى - السابق ص٤٩١ ويشار فى هذا الشأن الى ما استقرت عليه احكام محكمة النقض الفرنسية - راجع بعض الاحكام فى هذا المعنى Code Civil - Dalloz - 1988. P. 135 ولا يبدو لنا وجود استثناء حقيقى هنا على قاعدة عدم جواز الاعتذار بجهل القانون ، فإذا صدر حكم ببطلان الزواج فان الزواج لايكون له اى اثر بالنسبة للمستقبل وهنا يكون القانون قد طبق تطبيقا كاملا دون استثناء ، أما بالنسبة للماضى فان تلافى اثار البطلان لايعنى استبعاد تطبيق القانون سوى بطريقة هامشية فيما يتعلق بآثار البطلان وليس بشأن مبدأ البطلان نفسه ويبرر ذلك حسن النية ونص القانون نفسه الذى سمح بذلك (نص القانون الفرنسى ونص مجموعة ١٩٣٨ للاقباط الارثوذكس) وطالما وجد النص الذى يسمح بذلك فلا يجوز التذرع بنظرية عدم جواز الاعتذار بجهل القانون ، ويضاف الى ذلك ان الهدف الاساسى من نظرية عدم جواز الاعتذار بجهل القانون هو منع بعض الاشخاص من التهرب من تطبيق القانون بحجة جهلهم به ، وذلك لايتصور باى حال بالنسبة للاولاد الناشئين عن الزواج الباطل.

(٥٢٧) توفيق فرج - السابق ص٦٦٨ ، جميل الشرقاوى - السابق ص٢٦٣ - حسام الاهوانى - السابق ص٤٩٢ وراجع حكم محكمة النقض الفرنسية فى هذا المعنى فى ذات الموضع السابق.

فإذا توافرت الشروط السابقة وحكم ببطلان الزواج فان الزواج يزول بالنسبة للمستقبل كما لو كان قد انقضى بالطلاق لابالبطلان ، أما بالنسبة للفترة السابقة على الحكم بالبطلان فان آثار الزواج تترتب بالنسبة للزوجين معا إذا كانا حسنى النية وعلى سبيل المثال فإذا مات احدهما قبل الحكم بالبطلان ورثه الآخر ، أما إن كان احدهما وحده حسن النية فان آثار الزواج تترتب لمصلحته دون الآخر ، وعلى ذلك فلو توفى سئ النية قبل الحكم بالبطلان ورثه الزوج حسن النية اما إذا كان المتوفى هو الزوج حسن النية فلا يرثه الزوج سئ النية.

هذا عن الزوجين اما عن الاولاد فان نسبهم يثبت للوالدين طالما توافرت شروط نظرية الزواج الظنى سواء كان حسن النية متوافر لدى احد الزوجين او كلاهما ، وتثبت لهم كل الحقوق التى للابناء قبل الوالدين ولكن الوالد حسن النية فقط هو الذى تثبت له حقوق قبل اولاده دون الوالد سئ النية فإذا مات احد الاولاد ورثه الوالد حسن النية وحده ولم يرث منه الآخر سئ النية(٥٢٨) ونلاحظ بالنسبة للأولاد ان الامر بالنسبة لهم لايختلف بين الماضى والمستقبل فيعتبر الزواج منتجا لكافة آثاره بالنسبة للماضى وبالنسبة للمستقبل لان العلاقة بين الابناء والآباء لايتصور انحلالها بعكس علاقة الزوجية التى تزول بالنسبة للمستقبل بين الزوجين السابقين.

وتنظم الارادة الرسولية للكاثوليك الزواج الظنى ايضا واعترفت بشرعية الاولاد الناشئين عنه(٥٢٩) "ويمكن ان يقال بترتيب آثار الزواج الظنى

---

(٥٢٨) راجع جميل الشرقاوى السابق ص٢٦٤ ، توفيق فرج - السابق ص٦٦٩ وما بعدها وايضا احمد سلامة السابق ص٦٦٥ وما بعدها.

(٥٢٩) "يقال للزواج غير الصحيح موهما إذا عقده امام الكنيسة بضمير سليم أقله احد الفريقين الى ان يتحقق كلا الفريقين بطلانه" ونصت المادة ١٠٣ منها على أن "الاولاد الشرعيون هم الذين حبل بهم او ولدوا من زواج صحيح او موهم" المادة ٤/٤ من الارادة الرسولية.

المقررة لدى الاقباط الارثوذكس دون حاجة الى وجود نص صريح عليها على اساس ان النص عليها لن يكون سوى تطبيق للاحكام العامة التى تترتب على الاخذ بنظرية الزواج الظنى وذلك طالما ان شريعة الكاثوليك تأخذ بهذه النظرية.(٥٣٠)

اما بالنسبة للبروتستانت فلم يرد بقانونهم نص على نظرية الزواج الظنى ولذلك ذهب رأى فى الفقه الى رفض تطبيقها بشأنهم وبذلك يزول هذا الزواج بأثر رجعى ولايمكن تطبيق احكام استثنائية كقواعد نظرية الزواج الظنى بلا نص يقرر الاخذ بها(٥٣١) بينما ذهب رأى آخر انه لا مانع "من اعمال الآثار المترتبة على الزواج الظنى بالنسبة للانجيليين ولو لم يرد عندهم نص بشأن الزواج الظنى وخاصة ما تعلق من تلك الآثار بثبوت النسب وما يترتب عليه".(٥٣٢)

المطلب الثانى

جزاء شروط الزواج فى الشريعة اليهودية(٥٣٣)

رغم ان نظرية البطلان لاتتخذ ذات الأهمية فى الشريعة اليهودية لان اباحة الطلاق تغنى عنها كثيرا إلا أن الشريعة اليهودية تتجه هى الاخرى الى الحد من حالات البطلان ونتائجه ، فهى تفرض من الوسائل ما يمنع البطلان،

---

(٥٣٠) جميل الشرقاوى – السابق ص٢٦٥.
(٥٣١) جميل الشرقاوى – السابق ص ٢٦٥ ، ٢٦٦ وان كان يشير الى ان الشريعة الإسلامية ترتب بعض آثار الزواج وخصوصا ثبوت نسب الاولاد فى بعض احوال بطلان الزواج ، ويمكن القول بانطباق قواعدها على زواج البروتستانت – ص٢٦٦ هامش (١).
(٥٣٢) توفيق فرج – السابق ص٦٦٥ هامش (١).
(٥٣٣) راجع تفصيلا – توفيق فرج – السابق ص٦٧١ وما بعدها ، احمد سلامة – السابق ص٦٧٠ وما بعدها.

فالعلانية التى تتم بصلاة البركة تيسر الكشف عن الموانع ، كما أنه لايترتب البطلان على تخلف كل شرط من شروط الزواج او مع وجود كل مانع من الموانع فى الشريعة اليهودية ، ولهذا تلجأ الشريعة اليهودية الى فكرة الالزام بالطلاق حتى يمكن تلافى النتائج الخطيرة للأثر الرجعى للبطلان.

كما تلجأ الشريعة اليهودية احيانا الى الفسخ وليس البطلان ومن امثلة الفسخ حالة زواج الصغيرة بدون ولاية ابيها ، فيكون لها فسخ العقد إلا إذا حملت او بلغت سن الزواج ، كما هو الحال بالنسبة للقاصر ايضا إلا إذا رشد واختلى بزوجته فهنا يلزمه ان يطلق.

ومن الحالات التى توجب فيها الشريعة اليهودية الطلاق:

١- مانع القرابة: ففى بعض الحالات يؤدى المانع الى عدم قيام الزواج اصلا بحيث لايحتاج الى طلاق وفى حالات اخرى يجب الطلاق.

٢- ممنوعات الكاهن: إذا توافر احدها فيلزم الطلاق دون البطلان.

٣- المطلقة التى تتزوج من مطلقها مرة أخرى بعد زواجها من آخر يجب على زوجها الاول ان يطلقها ولا بطلان.

٤- فى حالة زواج الزانية بمن زنى بها يجب الطلاق ولا بطلان.

وقد كان المنطق يقضى بجعل البطلان جزاء على وجود مانع من موانع الزواج إلا أن الشريعة اليهودية توجب الطلاق تخفيفا من الآثار التى تترتب على البطلان ، وبذلك يكون الاولاد الناشئون عن هذا الزواج شرعيين رغم مخالفة الزواج نفسه للشرع.

وتبقى هناك بعض الحالات التى يتحقق فيها البطلان فى الشريعة اليهودية:

ففيما يتعلق بالرضا:

يتحقق البطـلان إذا انعدم الرضـا او إذا صـدر مـن شـخص لايعتـد برضاه شرعا كالمجنون وايضا فى حالة الاكراه او الغلط فى الشخص.

وبالنسبة للموانع:

يؤدى بعضها فقط الى تحقق البطلان وقد اتفق الربـانيون والقـراءون على تحقق البطلان إذا وجدت الموانع التالية:

١- الزواج بامرأة متزوجة.

٢- الزواج بالمعتدة.

٣- اختلاف الدين.

٤- الزواج مع وجود قرابة محرمة فى الحـالات التى لا يكـون الجـزاء فيهـا الطلاق الوجوبى.

٥- العجز الجنسى عند الربانيين (اما عند القرائين فجزاؤه هو الطلاق).

وبالنسبة للمهر:

يترتب على تخلفه بطلان الزواج.

وبالنسبة للشكل الدينى:

يـترتب البطـلان علـى تخلـف الشـكل الدينـى ويقتصـر ذلـك علـى الاجراءات الجوهرية فقط ولذلك يتحقق البطـلان إذا تخلـف التقديس او العقد المكتوب او صلاة البركة.(٥٣٤)

ويبدو ان الشريعة اليهودية لاتعرف نظرية الزواج الظنى.(٥٣٥)

---

(٥٣٤) راجع فى هذا المعنى - احمد سلامة - السابق ص٦٧٢.
(٥٣٥) احمد سلامة - السابق ص٦٧٣.

الفصل الثالث

آثار الزواج

المبحث الأول

آثار الزواج فى الشريعة المسيحية

سوف نتناول آثار الزواج بين الزوجين ثم آثاره بالنسبة للأولاد.

المطلب الأول

آثار الزواج بين الزوجين

سوف نتناول فى البداية الآثار المالية للزواج عدا النفقة التى سنتناولها فى موضوع حقوق الزوجة على زوجها ثم نتناول الحقوق المشتركة بين الزوجين ثم حقوق الزوجة على زوجها ثم حقوق الزوج على زوجته.

الفرع الأول

الآثار المالية للزواج(٥٣٦)

لايترتب على الزواج فى الشريعة المسيحية اختلاط اموال الزوجين وقد نصت على ذلك صراحة المادة ٤٨ من مجموعة ١٩٣٨ للأقباط الأرثوذكس حيث جاء بها "الارتباط الزوجى لايوجب اختلاط الحقوق المالية بل تظل أموال كل من الزوجين مملوكة له دون الآخر" وهذا هو الأصل فإذا

---

(٥٣٦) راجع تفصيلا - توفيق فرج - السابق ص ٦٨٢ ومابعدها ، أحمد سلامة - السابق ص ٦٧٧ ومابعدها.

اتفق على خلاف ذلك فإن المسألة تخضع لاتفاق الطرفين كأى علاقة عقدية(٥٣٧)

وبالنسبة للمهر ، وهو الحق المالى الذى تستحقه الزوجة على زوجها بالعقد عليها او الدخول بها (٥٣٨) فلا يعتبر فى الشريعة المسيحية ركنا من اركان الزواج ولا شرطا من شروطه(٥٣٩) فإذا لم يتفق بين الطرفين على مهر فلا أثر لذلك على صحة العقد ويخضع الاتفاق عليه لارادة الأطراف ويستفاد من نصوص مجموعة ١٩٣٨ بشأن المهر مايلى:

١- ان المهر ليس من اركان الزواج فيجوز ان يكون الزواج بمهر أو بغير مهر (راجع م ٧٤)

٢- إذا تم الاتفاق على المهر فإنه يستحق للزوجة بمجرد الإكليل فى الزواج الصحيح (م٧٥) وقد يدفع بعض المهر مقدما كما قد يدفع كله ، ويتبع فى ذلك العرف الجارى بين الأفراد فى الجهات المختلفة(٥٤٠)

٣- المهر ملك للمرأة تتصرف فيه كيف شاءت ان كانت رشيدة (م٧٧) (٥٤١)

٤- يسقط حق الزوجة فى المهر فى حالات معينة هى: (راجع م ٧٨ ، ٧٩)

(أ) فى حالة الحكم ببطلان الزواج إذا كان السبب من قبل المرأة ولم يكن الزوج عالما به او كان السبب من قبل الزوج وكانت الزوجة عالمة به.

---

(٥٣٧) راجع فى هذا المعنى – توفيق فرج – السابق ص ٦٨٢

(٥٣٨) أحمد محمود الشافعى – السابق ص ١٦٠

(٥٣٩) راجع فى هذا المعنى – أحمد سلامة – السابق ص ٧٠٢

(٥٤٠) توفيق فرج – السابق ص ٦٨٤

(٥٤١) ويترتب على ان المهر ملك للمرأة النتائج التالية:

١- أن المرأة الرشيدة تقبض مهرها بنفسها ، فلا يجوز لغيرها قبض المهر إلا بتوكيل منها ، وللولى او الوصى أن يقبض مهر القاصر (م ٧٦)

٢- إذا ماتت الزوجة قبل أن تستوفى جميع مهرها فلورثتها مطالبة زوجها او ورثته بما يكون باقيا بذمته من المهر بعد اسقاط نصيب الزوج الآيل له من ارثها.

(ب) فى حالة الحكم بالطلاق إذا كان السبب من قبل الزوجة.

ولم يرد تنظيم مماثل للمهر عند الكاثوليك ولا الإنجيليين فيتبع فى شأنه ما يتفق عليه أو ما يجرى عليه العرف. (٥٤٢)

أما الدوطة وهى الاموال التى تعطيها المرأة أو شخص آخر من أهلها للزوج بمناسبة الزواج تخفيفا لاعباء الزوجية عليهما ، فلم تنظم احكامها مجموعة ١٩٣٨ او الإرادة الرسولية او قانون الإنجيليين ونظمتها بعض شرائع الطوائف الارثوذكسية مثل الروم والسريان والأرمن الارثوذكس ، ويمكن ايجاز احكامها فى ان اموال الدوطة تنتقل الى الزوج لإدارتها والانتفاع بها وتظل الدوطة قائمة طالما بقيت الزوجية فإذا انقضت وجب ردها الى الزوجة او ورثتها ، ويراعى انها ليست ركنا من اركان الزواج ولا شرطا من شروطه ، ولذلك فلا يترتب على عدم الوفاء بها فسخ الزواج ولكنه يقوم صحيحا مرتبا لآثاره ومنها إلتزام الزوج بالنفقة ، وتخضع اموال الدوطة للإتفاق بين الطرفين والعرف الجارى بين ابناء الطائفة التى ينتسب اليها الزوجان وذلك فيما لايتعارض مع النظام العام. (٥٤٣)

اما عن الجهاز فقد نظمته المواد ٨٠ - ٨٦ من مجموعة ١٩٣٨ للاقباط الارثوذكس تنظيما يقترب كثير من تنظيم الشريعة الإسلامية له واهم

---

(٥٤٢) توفيق فرج - السابق ص٦٨٣ هامش (٣).

(٥٤٣) راجع تفصيلا - احمد سلامة - السابق ص٧٠٦ وما بعدها ، توفيق فرج - السابق ص٦٨٥ وما بعدها وقد قضت محكمة النقض "ان الدوطة ليست ركنا من اركان الزواج ولا شرطا من شروطه ، إذ الزواج يتم صحيحا بدونها ، وإذا تعهدت الزوجة او احد اهلها بدوطة للزوج فلا يترتب على الامتناع عن دفعها اليه فسخ الزواج بل يكون له فقط حق المطالبة بها على اساس ان التعهد بها يتولد عنه التزام مدنى ، فالنزاع المتعلق بالدوطة هو نزاع بعيد عن المساس بعقد الزواج وما هو متعلق بالزواج ومن ثم فهو من اختصاص المحاكم المدنية" - نقض ١٩٤٣/٥/٢٧ فى الطعن رقم ٥ لسنة ١٣ق - اورده احمد نصر الجندى - السابق ص٦١٥.

ما ورد بهذه المواد ان المرأة ليست مجبرة اصلا على تجهيز منزل الزوجية وإذا جهزت شيئا من ذلك بمالها او بمهرها يكون ملكا لها. (٥٤٤)

الفرع الثاني

الحقوق المشتركة بين الزوجين

يترتب على الزواج نشوء عدد من الحقوق التبادلية يتحمل بها كل من الزوجين لصالح الزوج الآخر وهذه الحقوق المتبادلة هي:

اولا: حسن المعاشرة (الاخلاص والمعاونة والمساعدة) (٥٤٥)

تقتضي العلاقة الزوجية ان يقوم بين الزوجين حب مستمر وان يتعاونا تعاونا متبادلا في نواحي الحياه الفردية وقد تعددت النصوص الدينية

---

(٥٤٤) م٨٠ – لاتجبر المرأة على تجهيز منزل الزوجية من مهرها ولا من غيره فلو زفت بجهاز لايليق بالمهر الذى دفعه الزوج او بلا جهاز اصلا فليس له مطالبتها ولا مطالبة أبيها بشئ منه ولا تنقيص شئ من مقدار المهر الذى تراضيا عليه.

م٨١ – إذا تبرع الاب وجهز ابنته الرشيدة من ماله فان سلمها الجهاز حال حياته ملكته بالقبض وليس لابيها بعد ذلك ولا لورثته استرداد شئ منه ، وان لم يسلمه اليها فلا حق لها ولا لزوجها فيه.

م٨٢ – إذا اشترى الاب من ماله فى حال حياته جهاز ابنته القاصر ملكته بمجرد شرائه وليس له ولا لورثته اخذ شئ منه.

م٨٣ – إذا جهز الاب ابنته من مهرها وبقى عنده شئ منه فلها مطالبته به.

م٨٤ – الجهاز ملك للمرأة وحدها فلا حق للزوج فى شئ منه وإنما له الانتفاع بما يوضع منه فى بيته وإذا اغتصب شيئا منه حال قيام الزوجة او بعدها فلها مطالبته به او بقيمته ان هلك او استهلك عنده.

م٨٥ – إذا اختلف الزوجان حال قيام الزواج او بعد الفسخ فى متاع موضوع فى البيت الذى يسكنان فيه فما يصلح للنساء عادة فهو للمرأة الى ان يقيم الزوج البينة على انه له وما يصلح للرجال او يكون صالحا لهما فهو للزوج مالم تقم المرأة البينة على انه لها.

م٨٦ – إذا مات احد الزوجين ووقع نزاع فى متاع البيت بين الحى وورثة الميت فما يصلح للرجل والمرأة يكون للحى منهما عند عدم البينة.

(٥٤٥) راجع تفصيلا – احمد سلامة – السابق ص٦٩٢ وما بعدها ويلاحظ أن من الفقه من يتناول واجب الإخلاص كواجب مستقل وقد رأينا من المناسب أن نعتبره داخلا فى واجب حسن المعاشرة بمعناه الواسع.

التى تحث على حسن المعاشرة بين الزوجين[٥٤٦] كما يقتضى واجب الاخلاص ان يمتنع الزوجان عن اى سلوك جنسى شائن دون اشتراط ان يصل الى حد اقتراف الزنا ، وقد نصت المادة ٤٥ من مجموعة ١٩٣٨ على انه "يجب لكل من الزوجين على الآخر الامانة والمعاونة على المعيشة والمؤاساة عند المرض" ، كما نصت المادة ٤٦ منها على انه "يجب على الزوج حماية زوجته ومعاملتها بالمعروف ومعاشرتها بالحسنى ....." والمادة ٤٧ على انه "يجب على المرأة ..... أن تحافظ على ماله وتقوم بخدمته والعناية باولاده وملاحظة شئون بيته".

"ويراعى انه لما كان الالتزام بحسن المعاشرة من الإلتزامات التى حثت عليها تعاليم الرسل واشاروا اليها فى اكثر من موضع ، بل انها اهم الواجبات التى حثت عليها المسيحية بصفة عامة فانه ينبغى العمل باحكامه بالنسبة لجميع الطوائف المسيحية باعتباره اثرا من الآثار المترتبة على الزواج وهذا الالتزام التزام تبادلى يقع على عاتق الطرفين فإذا تخلف احد الطرفين عن تنفيذه فان ذلك يعتبر ايذاء جسميا يقع على الطرف الآخر يجيز التطليق عند الطوائف التى تجيز ذلك او يجيز الانفصال الجسمانى عند الكاثوليك.[٥٤٧]

(٥٤٦) راجع فى هذه النصوص - توفيق فرج - السابق ص٦٩١ ، ٦٩٢.

(٥٤٧) راجع توفيق فرج ص٦٩٤ ، ٦٩٥ ، وقد نصت المادة ٥٧ من مجموعة ١٩٣٨ على انه "يجوز ايضا طلب الطلاق إذا اساء احد الزوجين معاشرة الآخر أو اخل بواجباته نحوه اخلالا جسميا مما ادى الى استحكام النفور بينهما وانتهى الامر بافتراقهما عن بعضهما واستمرت الفرقه ثلاث سنوات متتالية" وتجيز المادة ١٢٠ البند ١ من الارادة الرسولية الانفصال الجسمانى إذا سلك احد الزوجين سلوكا مجرما وشائنا او وضع زوجه فى خطر جسيم للنفس او الجسد او جعل المعيشة المشتركة صعبة جدا بسبب تصرفه القاسى.

ثانيا: المعيشة المشتركة (المساكنة) وما يتصل بها: (٥٤٨)

"الهدف الاساسى من الزواج هو العيش المشترك بين الزوجين ، يلتزم كل منهما بالسكن مع الآخر وما يقتضيه ذلك من اختلاط بينهما ، فالزوجة ملزمة بالمعيشة مع الرجل ومعاشرته فى منزله ، وهو من جانبه ملزم بقبولها فيه"(٥٤٩) ويستمد هذا الالتزام من قول المسيح عليه السلام "اما قرأتم ان الذى خلق خلقهما ذكرا و أنثى ، وقال من اجل هذا يترك الرجل اباه وامه ويلتصق بامراته ويكون الاثنان جسدا واحدا وليس بعد اثنين بل جسد واحد" ولما كان اصل هذا الالتزام واردا فى الانجيل فيجب الاخذ به فى كل الشرائع المسيحية حتى ولو لم ينص عليه فى بعضها. (٥٥٠)

ولا تثور فكرة الجسد الواحد التى ذكرها الانجيل إلا إذا كانت هناك معيشة مشتركة تحت سقف واحد وان يكون بين الزوجين اختلاط جنسى.(٥٥١)

وقد نصت المادة ٤٧ من مجموعة ١٩٣٨ على انه "يجب على المرأة ان تسكن مع زوجها وان تتبعه اينما سار لتقيم معه فى اى محل لائق يختاره لاقامته ..... ويجب على الزوج ان يسكن زوجته فى منزله ....." ومفاد هذا النص "ان الزوجة تلتزم بـألاتبيت بعيدا عن منزل الزوجية بغير عذر والا تغادره الا باذن الزوج أو لعذر كحاجتها لعلاج يتطلب بقاءها فى مستشفى وعليها الا تعارض زوجها إذا اراد تغيير محل اقامته الى مكان آخر لائق غير ضار بها".(٥٥٢) كما نصت المادة ١١٧ من الارادة الرسولية على انه

---

(٥٤٨) راجع تفصيلا - توفيق فرج - السابق ٦٩٥ وما بعدها ، احمد سلامة - السابق ص٦٧٩ وما بعدها.
(٥٤٩) توفيق فرج - السابق ص٦٩٥.
(٥٥٠) راجع توفيق فرج - السابق ص٦٩٥ واحمد سلامة - السابق ص٦٨٠.
(٥٥١) حسام الاهوانى - السابق ص٥٣٢.
(٥٥٢) نقض ١٩٩٤/٦/١٤ فى الطعن رقم ١٠٦ لسنة ٦٣ق - لم ينشر بعد.

"على الزوجين ان يلتزما العيشة الزواجية المشتركة مالم يعذرهما سبب عادل"(٥٥٣)

والسكن الذى تجب فيه المعيشة المشتركة هو السكن الذى يختاره الزوج فقد حرصت الشريعة المسيحية كغيرها من الشرائع على جعل الرئاسة فى الاسرة للرجل ، وعلى الرجل ان يوفر هذا المسكن ، على انه يشترط فى المسكن الشروط التالية ليكون مسكنا شرعيا وفقا لمجموعة ١٩٣٨ للاقباط الارثوذكس:

١- ان يكون مناسبا لحال الزوجين لائقا يصلح للاقامة فيه:

وقد عبرت عن ذلك المادة ٤٧ من مجموعة ١٩٣٨ بعبارة (محل لائق) ، كما استعملت المادة ٤٩ عبارة (مسكن ..... يتناسب مع الزوجين) ، فإذا ما كان المسكن الذى اختاره الزوج يعرض الاسرة للمخاطر مادية كانت او معنوية او كان غير صحى او غير مؤثث تأثيثا مناسبا فانه لايكون سكنا شرعيا. (٥٥٤)

٢- ان يكون مستقلا:

فلا تجبر الزوجة على اسكان احد معها ولو كان من اهل زوجها ، فإذا لم يوفر لها مسكنا مستقلا ورفضت هى الاقامة معه فان ذلك لايعد نشوزا من جانبها(٥٥٥) ويستثنى من ذلك اولاده من غيرها ، او إذا امر القضاء بذلك

---

(٥٥٣) وقد نصت على وجوب المعيشة المشتركة ايضا المادة ٢١٥ من القانون الفرنسى فى فقرتها الاولى: Les epoux s'obligent mutuellement à une communauté de vie

(٥٥٤) راجع توفيق فرج - السابق ص٦٩٨.

(٥٥٥) راجع فى هذا المعنى نقض ٧٩/٢/١٤ فى الطعن رقم ٣٠ لسنة ٤٨ق - مجموعة س ٣٠ ص٥٣٥ وايضا نقض ٧٥/١١/٥ فى الطعن رقم ١٠ لسنة ٤٣ق مجموعة س٢٦ ص١٣٦٦.

فى حالة ما إذا كان الزوج ملزما بنفقة السكن لبعض الاشخاص ولا يستطيع دفعها نقدا ، كما لايجوز للزوجة ان تسكن معها فى بيت الزوج احدا من اهلها الا برضائه. (٥٥٦)

فإذا توافرت شروط المسكن الشرعى سالفة الذكر وجب على الزوجة ان تقيم بهذا السكن مع زوجها فإذا امتنعت اعتبر ذلك منها اخلالا بواجب المساكنة فتعد ناشزا وتطبق عليها الاحكام الخاصة بالاخلال بالالتزام بالطاعة واهمها سقوط حقها فى النفقة(٥٥٧) اما إذا اخل الزوج بالتزامه بالمساكنة وذلك بأن لم يوفر المسكن الذى تتوافر فيه الشروط السابقة فان الزوجة لاتكون ناشزا إذا امتنعت هى الاخرى عن مساكنة زوجها ويكون لها نفقتها الشرعية رغم ذلك ويجوز للزوجة ايضا ان تمتنع عن مساكنة زوجها إذا امتنع الزوج عن التزامه بالمعاونة او إذا اساء معاملتها.

ونشير أخيرا الى ان الاخلال بالالتزام بالمساكنة قد يصلح سببا من الاسباب التى تجيز الحكم بالتطليق إذا توافرت شروط التطليق بسبب الهجر.

---

(٥٥٦) نصت المادة ١٤٩ من مجموعة ١٩٣٨ على انه "يجب على الزوج ان يسكن معه زوجته فى مسكن مستقل يتناسب مع الزوجين ولا تجبر الزوجة على اسكان احد معها من اهل زوجها مالم يأمر المجلس (محكمة الاحوال الشخصية) بغير ذلك فى الحالة المنصوص عليها فى المادة ١٤٤ (حالة سكن من تلزم نفقته على الزوج) وليس للزوجة ان تسكن معها فى بيت الزوج احدا من اهلها إلا برضائه".

(٥٥٧) نصت المادة ١٤٧ من مجموعة ١٩٣٨ على انه "يسقط حق الزوجة فى النفقة إذا تركت منزل زوجها بغير مسوغ شرعى او ابت السفر معه الى الجهة التى نقل اليها محل اقامته بدون سبب مقبول".

الفرع الثالث

حقوق الزوجة على زوجها (النفقة الزوجية) (٥٥٨)

اهتمت شريعة الاقباط الارثوذكس بموضوع النفقة تفصيلا بخلاف معظم الشرائع المسيحية الأخرى وتتفق احكامها كثيرا مع احكام الشريعة الإسلامية فى هذا الشأن ، فلا يوجد ما يمنع من الاستنارة باحكام الشريعة الإسلامية هنا خاصة وان احكام النفقة خاصة بمسائل مالية وليست متصلة بالعقيدة الدينية(٥٥٩) وسوف يكون حديثنا هنا فى ضوء مجموعة ١٩٣٨ للأقباط الارثوذكس والتى عرفت النفقة بانها "كل ما يلزم للقيام بأود الشخص فى حالة الاحتياج من طعام وكسوة وسكنى" (م. ١٤) (٥٦٠)

سبب وجوب النفقة:

تجب النفقة على الزوج لزوجته من حين العقد الصحيح سواء كان الزوج غنيا او فقيرا ، وحتى ولو لم يحصل دخول الى ان تنقضى رابطة الزوجية ، وقد نصت المادة ١٤٦ من مجموعة ١٩٣٨ على ان "تجب النفقة على الزوج لزوجته من حين العقد الصحيح".(٥٦١)

ولكى تستحق الزوجة النفقة يتعين ان تكون محتبسة – او مستعدة لذلك – من اجل استيفاء حقوق الزوجية ، فإذا فوتت الزوجة على زوجها حقه

---

(٥٥٨) راجع تفصيلا – توفيق فرج – السابق ص٧٠٧ وما بعدها ، احمد سلامة – السابق ص٦٩٣ وما بعدها

(٥٥٩) راجع تفصيلا – توفيق فرج – السابق ص٧٠٧ ، ٧٠٨.

(٥٦٠) وكذلك نفقة العلاج فى حالة المرض – توفيق فرج ص ٧٠٩.

(٥٦١) وعلى سبيل الاستثناء قد تجب النفقة على الزوجة لزوجها فقد نصت المادة ١٥١ من مجموعة ١٩٣٨ على ان "تجب النفقة على الزوجة لزوجها المعسر إذا لم يكن يستطيع الكسب وكانت هى قادرة على الانفاق عليه".

فى احتباسها فلا تستحق النفقة[٥٦٢] ، وعلى هذا فإذا تركت الزوجة منزل الزوجية دون مسوغ شرعى فإنها تفوت على الزوج حقه فى احتباسها وبالتالى تسقط نفقتها وكذلك إذ امتنعت عن اللحاق به فى الجهة التى نقل اليها محل اقامته دون سبب مقبول فإذا كان هناك سبب مقبول فلا تعد ناشزا ولا يسقط حقها فى النفقة. [٥٦٣]

ويثور التساؤل عما إذا كان خروج المرأة للعمل المشروع يعد اخلالا باحتباسها لصالح العلاقة الزوجية ومؤديا لسقوط حقها فى النفقة حيث لم تتناول الشرائع الطائفية المسيحية هذه المسألة ، فذهب بعض الفقه الى انه "ينبغى التفرقة بين حالة موافقة الزوج على اشتغال المرأة او عدم موافقته فإذا رضى الزوج بأن تعمل زوجته ولم يعترض على ذلك ولم يمنعها ، فلا تسقط نفقتها ، لانه قد رضى باحتباسها احتباسا ناقصا ، اما إذا اشتغلت دون موافقة زوجها ورغم اعتراضه ، فانها بذلك تصير ناشزا وتسقط نفقتها عليه ، اى أن من حق الزوج ان يمنع زوجته من الاشتغال حتى يتحقق احتباسها ، فإذا ما خالفت عدت ناشزا وتسقط نفقتها".[٥٦٤]

هذا ما قال به بعض الفقه قبل تعديل المادة الاولى من القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٠ بالقانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٨٥ فقد ورد بالمادة المذكورة

---

(٥٦٢) وقد قضت محكمة النقض أن "دعوى النفقة .... تقوم .... على سند من احتباس الزوجة لزوجها وقصرها عليه لحقه ومنفعته بحيث لا يحق لها ان تنشز عن طاعته الا بحق" نقض ١٩٧٦/٤/٢٨ فى الطعن رقم ٢ لسنة ٤٥ق مجموعة س ٢٧ ص١٠٢٨.

(٥٦٣) وقد نصت على ذلك المادة ١٤٧ من مجموعة ١٩٣٨ "يسقط حق الزوجة فى النفقة إذا تركت منزل زوجها بغير مسوغ شرعى او أبت السفر معه الى الجهة التى نقل اليها محل اقامته بدون سبب مقبول".

(٥٦٤) راجع - توفيق فرج - السابق ص٧١١ ، ٧١٢ وقرب ايضا - جميل الشرقاوى - السابق ص٣٠٥ هامش (٥) ويقرر "الأصل انه يجوز لها ان تعمل الا إذا اعترض زوجها فلا يلزم للعمل الحصول على اذن الزوج بل اللازم هو ألا يعترض".

بعد تعديلها "ولا يعتبر سببا لسقوط نفقة الزوجية .... خروجها للعمل المشروع ، مالم يظهر ان استعمالها لهذا الحق المشروط مشوب باساءة استعمال الحق او مناف لمصلحة الاسرة وطلب منها الزوج الامتناع عنه".

وهذا النص خاص بالمسلمين بطبيعة الحال ويرى بعض الفقه فى ظله "ان من حق المرأة ان تعمل دون اذن من الزوج ولكن إذا كانت ظروف الاسرة من حيث عدد الاولاد مثلا وحالتهم الصحية تستوجب البقاء لرعايتهم، وتجد الاسرة فى نفس الوقت كفايتها الاقتصادية دون حاجة للدخل الناتج من العمل ، فإن الخروج للعمل يعتبر من قبيل النشوز الذى يسقط النفقة"(٥٦٥) ويبدو من النص سالف الذكر ايضا انه يشترط ان يطلب منها الزوج الامتناع عن العمل.

ولا يوجد ما يمنع من الأخذ بهذا الحكم لدى الطوائف المسيحية ، إذ ان احكام النفقة فى الشرائع المسيحية تتفق كثيرا مع احكام النفقة فى الشريعة الإسلامية ، كما ان هذا النص ليس إلا تطبيقا تشريعيا لنص المادة ١١ من الدستور المصرى والتى تنص على ان "تكفل الدولة التوفيق بين واجبات المرأة نحو الاسرة وعملها فى المجتمع ....." (٥٦٦) ومن الواضح ان نص الدستور سالف الذكر يطبق على كافة المصريين بصرف النظر عن ديانتهم ، خاصة وان محكمة النقض قد اعتبرت الشريعة الإسلامية الشريعة العامة فى مسائل الاحوال الشخصية للمسلمين وغيرهم. (٥٦٧)

---

(٥٦٥) حسام الاهوانى – السابق ص٥٢٢ ويرى ان "هذا النص لم يفعل اكثر من تقنين ضرورة التوفيق بين العمل والاسرة".

(٥٦٦) راجع ايضا – حسام الاهوانى – السابق ص٥٢١.

(٥٦٧) راجع ما سبق تحت عنوان "خصوصية مصادر القاعدة القانونية فى مسائل الاحوال الشخصية".

كيف تؤدى النفقة: (٥٦٨)

إذا كانت الزوجة تعيش مع زوجها فالاصل ان يقوم هو بما يلزم لها من طعام وكسوة وغير ذلك من النفقات الى جانب سكنها معه ، ومتى ثبت ذلك فلا تستطيع الزوجة ان تطالبه بنفقة طالما انه ينفق عليها ، غير ان هذا الاصل قد تحول دونه اعتبارات معينة مثل مماطلة الزوج فى الانفاق عليها وكذلك إذا غادرت منزل الزوجية لسبب مشروع مثل عدم استقلال المسكن وهنا يجوز ان يقدر للزوجة نفقة.

اساس تقدير النفقة:

نصت المادة ١٤٢ من مجموعة ١٩٣٨ على ان "تقدر النفقة بقدر حاجة من يطلبها ويسار من يجب عليه اداؤها" ويتضح من هذا النص ان تقدير النفقة لايراعى فيه مدى يسار الزوج فقط بل يراعى فيه مدى يسار الزوجة ايضا. (٥٦٩)

وقد نصت المادة ١٤٣ من ذات المجموعة على ان 'النفقة المقدرة لا تبقى بحالة واحدة بعد تقديرها بل تتغير تبعا لتغير احوال الطرفين فإذا اصبح الشخص الملزم بالنفقة فى حالة لا يستطيع معها اداءها او اصبح من يتقاضى النفقة فى غير حاجة الى كل ما قدر له او بعضه جاز طلب اسقاط النفقة او

---

(٥٦٨) راجع تفصيلا – توفيق فرج – السابق ص٧١٢.

(٥٦٩) ويختلف هذا الحكم عما مقرر بالنسبة للمسلمين فقد نصت المادة ١/١٦ من القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ المعدل بالقانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٨٥ على ان "تقدر نفقة الزوجة بحسب حال الزوج وقت استحقاقها يسرا او عسرا على الا تقل النفقة فى حالة العسر عن القدر الذى يفى بحاجتها الضرورية" ، فالنفقة تقدر وفقا لحالة الزوج يسرا وعسرا دون ان يدخل فى الاعتبار مدى يسار الزوجة وهو الاقرب للمنطق لان الزوج هو الذى يلتزم بها وليس الزوجة.

تخفيض قيمتها كما انه إذا زاد يسار الشخص الملزم بالنفقة او زادت حاجة المقضى له بها جاز الحكم بزيادة قيمتها".

ويتفق هذا النص مع ما استقرت عليه احكام محكمة النقض من ان تقدير النفقة هو تقدير مؤقت يتغير بتغير الظروف فقد قضت بان "الحكم الصادر فى النزاع القائم على النفقة هو بطبيعته حكم مؤقت يزول أثره متى زالت دواعيه ذلك لان النفقة تقدر بحسب الحاجة ولها مقوماتها القانونية ، فإذا زالت هذه المقومات سقط الحق فيها".(٥٧٠)

ويلاحظ ان الحكم الوارد بالمادة ١٤٣ من مجموعة ١٩٣٨ يشمل جميع انواع النفقات اى نفقة الاقارب ونفقة الزوجية ولذلك فان ماورد به من جواز اسقاط النفقة كلية لايقصد به نفقة الزوجية التى لاتسقط طالما ظل الزواج قائما لان سبب وجوب نفقة الزوجية هو احتباس الزوجة لزوجها وليس عدم يسارها ، ولكن يطبق على نفقة الزوجية ما ورد بها من جواز زيادة النفقة او انقاصها تبعا للظروف.

جزاء الامتناع عن اداء النفقة:

إذا امتنع الزوج عن اداء النفقة جاز للزوجة ان تلجأ الى القضاء للحصول على حكم بنفقة الزوجية ويمكنها ان تنفذه بالطرق المألوفة فى قانون المرافعات المدنية والتجارية وذلك بالتنفيذ على اموال الزوج ، وهو امر تستطيع الزوجة القيام به أيا كانت الشريعة التى صدر حكم النفقة وفقا لها.

---

(٥٧٠) نقض ١٩٥٦/٢/٢٥ فى الطعن رقم ٤ لسنة ٢٥ق - مجموعة س٧ ص٣٠ (جمعية عمومية) وفى ذات المعنى ، نقض ١٩٦٠/١٠/٢٧ فى الطعن رقم ٢١ لسنة ٢٨ق - مجموعة س١١ ص٥٤٠ ، نقض ٣٠ يناير ١٩٦٣ فى الطعن رقم ٥٣٢ لسنة ٢٦ق مجموعة س١٤ ص١٨٩.

وقد نصت المادة ٣٤٧ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية على انه "إذا امتنع المحكوم عليه عن تنفيذ الحكم الصادر فى النفقات او فى اجرة الحضانة او الرضاعة او المسكن يرفع ذلك الى المحكمة الجزئية التي اصدرت الحكم او التى بدائرتها محل التنفيذ ومتى ثبت لديها ان المحكوم عليه قادر على القيام بما حكم به وأمرته ولم يمتثل حكمت بحبسه ولا يجوز ان تزيد مدة الحبس عن ثلاثين يوما ، أما إذا ادى المحكوم عليه ما حكم به او أحضر كفيلا فانه يخلى سبيله وهذا لا يمنع من تنفيذ الحكم بالطرق الاعتيادية".

ويثور التساؤل عن جواز تطبيق هذا النص بالنسبة لمنازعات غير المسلمين ، ويبدو ان الفقه فى مجموعه يؤيد تطبيق هذا الحكم فى علاقات غير المسلمين وهو ما تؤيده العديد من الاحكام.(٥٧١)

ويستند بعض الفقه فى ذلك الى ان المسألة الواردة بالمادة ٣٤٧ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية من المسائل الاجرائية التى تطبق على جميع المصريين مسلمين وغيرهم(٥٧٢) باعتبارها من وسائل التنفيذ.

ورغم ان البعض الآخر من الفقه يعتبر هذه القاعدة قاعدة موضوعية إلا انه يوافق على تطبيقها على علاقات غير المسلمين ايضا ، فيرى انها قاعدة موضوعية ذات جزاء جنائى تسرى على كافة المصريين ، فهى قاعدة موضوعية لانها تقرر حبس المدين المماطل فى الوفاء فهى ليست خاصة بالاكراه البدنى باعتباره وسيلة لتنفيذ دين النفقة لأن الحبس لايبرئ ذمة المدين من الدين الذى يظل قابلا للتنفيذ بالطرق الاعتيادية ، ويلاحظ ان القول بان

---

(٥٧١) راجع الاحكام التى اشار اليها توفيق فرج - السابق ص٧١٧ هامش (٢).
(٥٧٢) احمد سلامة - السابق ص٧٠٠ ، جميل الشرقاوى - السابق ص٢٩٠.

هذه القاعدة من القواعد الموضوعية كان يقتضى انها لاتطبق على علاقات غير المسلمين متحدى الملة والطائفة إلا انها تطبق على جميع المصريين ويدل على ذلك ان المادة ٢٩٣ من قانون العقوبات قد نصت على ان "كل من صدر عليه حكم قضائى واجب النفاذ بدفع نفقة لزوجه أو اقاربه أو اصهاره او اجرة حضانة او رضاعة او مسكن وامتنع عن الدفع مع قدرته عليه مدة ثلاثة شهور بعد التنبيه عليه بالدفع يعاقب بالحبس مدة لاتزيد على سنة وبغرامة لاتتجاوز خمسمائة جنيه او باحدى هاتين العقوبتين" ، ووفقا للمرسوم بقانون رقم ٩٢ لسنة ١٩٣٧ فان نص المادة ٢٩٣ من قانون العقوبات لايجوز السير فى اجراءاته الا بعد استنفاذ الإجراءات التى نصت عليها المادة ٣٤٧ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية[٥٧٣] وعلى ذلك فنص المادة ٣٤٧ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية مكمل لنص المادة ٢٩٣ من قانون العقوبات ومن البديهى ان قانون العقوبات يطبق على جميع المصريين مسلمين وغيرهم.[٥٧٤]

---

(٥٧٣) عندما ثار الخلاف حول تطبيق نص المادة ٢٩٣ من قانون العقوبات والمادة ٣٤٧ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية اصدر المشرع المرسوم بقانون رقم ٩٢ لسنة ١٩٣٧ الذى نص فى مادته الاولى على انه لايجوز فى الاحوال التى تطبق فيها المادة ٣٤٧ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية السير فى الاجراءات المنصوص عليها فى المادة ٢٩٣ من قانون العقوبات ما لم يكن المحكوم له بالنفقة قد استنفذ الاجراءات المشار اليها فى المادة ٣٤٧ المذكورة ولذلك فقد قضت محكمة النقض بان استنفاذ الاجراءات الواردة بالمادة ٣٤٧ المذكورة هو شرط لتحريك الدعوى الجنائية وفقا للمادة ٢٩٣ من قانون العقوبات- راجع احمد نصر الجندى-اللائحة الشرعية معلقا على نصوصها ١٩٩١-نادى القضاة - ص٣٩٣.

(٥٧٤) راجع - حسام الاهوانى - السابق ص٥٥٥ ، ٥٥٦ واول من قال بهذا الرأى - فتحى عبد الصبور - مقال بعنوان: الحكم بالحبس لدين النفقة - المجموعة الرسمية للاحكام والبحوث القانونية الصادرة عن المكتب الفنى لمحكمة النقض س٦١ (١٩٦٤) العدد٣ ص٨٨٩ حيث يقرر "ان قاعدة الحبس لدين النفقة ليست قاعدة اجرائية إنما هى قاعدة موضوعية بجزاء جنائى وهى تسرى على كافة المصريين مسلمين وغير مسلمين ولا ينال من ذلك موضعها من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية ذلك ان العبرة بالحكم بالحبس لدين النفقة فضلا عن ان المشرع بالقانون رقم ٩٢ لسنة ١٩٣٧ قد ربط بين حكم-

وهكذا فان الفقه فى مجمله - ايا كان الاساس الذى يستند اليه - يرى تطبيق نص المادة ٣٤٧ على علاقات غير المسلمين خاصة "وأن تطبيق حكم المادة المذكورة يتفق مع اتجاه مرغوب فيه هو توحيد القواعد بالنسبة للجميع مسلمين وغير مسلمين خاصة فى مسألة من المسائل التى لا تمس العقيدة الدينية فى شئ".[٥٧٥]

عدم سماع دعوى النفقة عن مدة تجاوز سنة:

نصت المادة الاولى - الفقرة السابعة - من القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٠ المستبدلة بالقانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٨٥ على انه "ولا تسمع دعوى النفقة عن مدة ماضية لاكثر من سنة نهايتها تاريخ رفع الدعوى" وقد حل هذا النص محل نص المادة ٦/٩٩ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية التى تنص على انه "ولا تسمع دعوى النفقة عن مدة ماضية لاكثر من ثلاث سنوات نهايتها تاريخ رفع الدعوى".

وفى القاعدة سالفة الذكر خروج على القواعد العامة إذ "أن دين النفقة يستحق من وقت وجوبه ، ولا يسقط الا بالاداء او الابراء ومعنى ذلك انه يمكن المطالبة بالنفقة عن أية مدة سابقة"[٥٧٦] ولكن المشرع وضع هذا النص الخاص حرصا على عدم ارهاق الازواج الملزمين بها ، ومن الواضح ان هذا

=المادة ٣٤٧ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية وبين المادة ٢٩٤ من قانون العقوبات حين نص على انه لايجوز السير فى الاجراءات المنصوص عليها فى المادة ٢٩٣ عقوبات الا بعد استنفاذ الاجراءات المشار اليها فى المادة ٣٤٧ ولا جدال فى ان المادة ٢٩٣ عقوبات قاعدة موضوعية يخضع لها جميع المصريين مسلمين وغير مسلمين".

(٥٧٥) راجع - توفيق فرج - السابق ص٧١٨.

(٥٧٦) توفيق فرج - السابق ص٧٢١.

النص يطبق فى حالة تطبيق الشريعة الإسلامية بصفة عامة ، فهل يطبق على غير المسلمين المتحدى الملة والطائفة الذين يخضعون لشرائعهم الخاصة.

ذهب رأى أول إلى أن القاعدة الخاصة بتقادم دين النفقة قاعدة موضوعية فلا يطبق حكمها بالنسبة لغير المسلمين متحدى الملة والطائفة ويجب الرجوع للقواعد العامة فى القانون المدنى والتى يؤدى تطبيقها الى عدم تقادم دين النفقة الا بمرور خمس سنوات طبقا للمادة ٣٧٥ من القانون المدنى باعتبارها من الديون الدورية المتجددة ورغم ما فى ذلك من ارهاق للازواج إلا ان تقرير مدة خاصة للتقادم لايجوز الا بنص تشريعى.(٥٧٧)

وذهب رأى ثان الى تطبيق هذا النص على غير المسلمين متحدى الملة والطائفة ولا يجوز الرجوع الى القانون المدنى فى هذا الشأن لانه "لا يرجع لاحكام هذا القانون فى مسائل الاحوال الشخصية إلا إذا لم يوجد نص فى الشريعة الخاصة اولا ، وفى الشريعة الإسلامية ثانيا ، ولما كانت الشرائع الخاصة خلوا من نص يتحدث عن مدة التقادم وجب الرجوع الى الشريعة الإسلامية باعتبارها الشريعة العامة فى مسائل الاحوال الشخصية"(٥٧٨) وهو ما نؤيده حيث يتفق مع ما استقر عليه قضاء محكمة النقض من اعتبار الشريعة الإسلامية الشريعة العامة فى مسائل الاحوال الشخصية بالنسبة لجميع المصريين.(٥٧٩)

---

(٥٧٧) توفيق فرج – السابق ص٧٢٢ وحديثه يدور بطبيعة الحال بشأن نص المادة ٦/٩٩ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية.

(٥٧٨) احمد سلامة – السابق ص٦٩٩ ويؤيده ايضا حسام الاهوانى – السابق ٥٥٤.

(٥٧٩) راجع ما سبق تحت عنوان "خصوصية مصادر القاعدة القانونية فى مسائل الاحوال الشخصية" ويمكن ان نقول ايضا انه طالما اننا قد رأينا ان مسألة عدم سماع الدعوى هى مسألة اجرائية فان النص الخاص بعدم سماع دعوى النفقة يطبق على جميع المصريين مسلمين وغيرهم خاصة وان هذا الحكم لا يعنى – فى رأينا – تقادم الحق فى دين النفقة ، فلو قام الزوج بسداد النفقة عن مدة تجاوز المدة المذكورة فانه لايكون-

الفرع الرابع

حقوق الزوج على زوجته (الطاعة)[٥٨٠]

حرصا على مصلحة الاسرة واتفاقا مع الشرائع الاخرى فقد جعلت الشريعة المسيحية من الرجل رئيسا للأسرة ومسئولا عنها ، ولا يعنى ذلك الإخلال بمبدأ المساواة طالما ان الهدف من ذلك هو تحقيق النظام فى الحياة الاسرية ، وقد جاء برسالة لبولس الرسول "ايها النساء اخضعن لرجالكن كما للرب ، لان الرجل هو رأس المرأة ، كما ان المسيح ايضا هو رأس الكنيسة وهو مخلص الجسد ، ولكن كما تخضع الكنيسة للمسيح ، كذلك النساء لرجالهن فى كل شئ" ، ولذلك فان طاعة الزوجة لزوجها واجبة فى جميع الشرائع المسيحية طالما ورد بها نص من النصوص المقدسة.[٥٨١]

وقد نصت المادة ٤٦ من مجموعة ١٩٣٨ على انه " .... ويجب على المرأة إطاعة زوجها فيما يأمرها به من حقوق الزوجية" واهم مظاهر التزام الزوجة بطاعة زوجها ان تسكن معه وان تتبعه اينما سار لتقيم معه فى اى محل يختاره لاقامته ، كما ان عليها ان تحافظ على ماله وتعنى بشئون بيته واولاده وليس للمرأة ان تغادر بيته بغير إذنه الا للضرورة او لزيارة والديها مثلا ، كما انه ليس لها ان تخالط احد دون اذنه.[٥٨٢]

=متبرعا فلا يجوز الخلط بين مسألة عدم سماع دعوى النفقة وهى مسألة اجرائية وبين مسألة تقادم دين النفقة وهى مسألة موضوعية وهو ما وقع فيه الرأى الاول المذكور بالمتن.

(٥٨٠) راجع تفصيلا – توفيق فرج – السابق ص٧٢٣ وما بعدها.

(٥٨١) راجع تفصيلا – توفيق فرج – السابق ص٧٢٣ ، ٧٢٤

(٥٨٢) راجع – توفيق فرج – السابق ص ٧٢٥ ، ٧٢٦

وفى حالة اخلال الزوجة بالتزامها بطاعة زوجها فانها تعد ناشزا ويسقط حقها فى النفقة ، كما يمكن لزوجها ان يستصدر حكما بدخولها فى طاعته(٥٨٣) إلا ان التساؤل يثور حول امكانية تنفيذ هذا الحكم جبرا ، ويبدو ان هذا التساؤل قد اصبح تساؤلا تاريخيا فى الوقت الحالى بعد ان استقرت الاوضاع القانونية فى مصر على عدم تنفيذ احكام الطاعة جبرا على الزوجة ولكن لاهمية المسألة فاننا سنتناولها بإيجاز.

فقد نصت المادة ٣٤٥ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية على ان "تنفيذ الحكم بالطاعة وحفظ الولد عند محرمه والتفريق بين الزوجين ونحو ذلك مما يتعلق بالاحوال الشخصية يكون قهرا ولو ادى الى استعمال القوة ودخول المنازل ويتبع رجال التنفيذ فى هذه الحالة التعليمات التى تعطى من القاضى الجزئى او رئيس المحكمة الشرعية الكائن بدائرتها المحل الذى يحصل فيه التنفيذ"(٥٨٤) ، ويطبق هذا الحكم بطبيعة الحال على المسلمين وعلى غير المسلمين مختلفى الطائفة او الملة أما بالنسبة لغير المسلمين متحدى الطائفة والملة الذين يخضعون لشرائعهم الخاصة فقد ثار الخلاف فى الفقه والقضاء حول تطبيق هذا النص عليهم(٥٨٥)

---

(٥٨٣) قرب – توفيق فرج – السابق ص٧٢٨ ويشير الى انه على الرغم من ان بعض الاحكام لا تجيب الزوج الى طلبه بإدخال زوجته فى طاعته إلا انها تأمر الزوجة بالعودة الى زوجها والاستمرار فى المعاشرة الزوجية فإذا امتنعت دون حق كان لذلك اثره فى دعوى التطليق إذا رفعت بعد ذلك ، كما لجأت المحاكم الى اسقاط نفقة الزوجة إذا لم تمتثل بالعودة الى منزل الزوجية – راجع الاحكام التى اشار اليها ص٧٣١ هامش (١) ، (٢).

(٥٨٤) كما نصت المادة ٣٤٦ منها على ان "يعاد تنفيذ الحكم بطاعة الزوجة ما دامت زوجة وكذلك الحكم بتسليم الولد".

(٥٨٥) راجع فى تأييد تطبيق النص على غير المسلمين على سبيل المثال – توفيق فرج – السابق ص٧٢٩ وما بعدها والإتجاه المعارض لذلك – حسام الاهوانى – السابق ص٥١٤ وما بعدها.

إلا ان هذا الخلاف قد اصبح مسألة نظرية بحتة فقد "أثار تنفيذ حكم الطاعة قهرا نقدا شديدا جعل وزارة العدل تصدر منشورا فى سنة ١٩٦٧ الى اقلام المحضرين منعت به تنفيذ احكام الطاعة بالقوة الجبرية ، غير ان هذا المنشور محل نظر لانه يعطل حكما ورد فى القانون وأيا كان الرأى فى منشور الوزارة فانه لايمنع الزوج من الحصول على حكم بطاعة زوجته له"(٥٨٦) وهكذا توقف تنفيذ احكام الطاعة جبرا من الناحية العملية.

ثم صدر بعد ذلك القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٨٥ (٥٨٧) الذى عدل بعض احكام المرسوم بقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ واضاف اليه المادة ١١ مكرر ثانيا والتى تنص على أنه :

"إذا امتنعت الزوجة عن طاعة الزوج دون حق توقف نفقة الزوجة من تاريخ الامتناع.

وتعتبر ممتنعة دون حق إذا لم تعد لمنزل الزوجية بعد دعوة الزوج اياها للعودة باعلان على يد محضر لشخصها او من ينوب عنها ، وعليه ان يبين فى هذا الاعلان المسكن وللزوجة الاعتراض على هذا امام المحكمة الابتدائية خلال ثلاثين يوما من تاريخ هذا الاعلان ، وعليها ان تبين فى صحيفة الاعتراض الأوجه الشرعية التى تستند إليها فى امتناعها عن طاعته وإلا حكم بعدم قبول اعتراضها.

ويعتد بوقف نفقتها من تاريخ انتهاء ميعاد الاعتراض إذا لم تتقدم به فى الميعاد.

---

(٥٨٦) احمد نصر الجندى - اللائحة الشرعية معلقا على نصوصها - ص٣٦٨ هامش (١).
(٥٨٧) يجدر بالذكر ان هذا القانون قد صدر ليحل محل القانون رقم ٤٤ لسنة ١٩٧٩ الذى حكمت المحكمة الدستورية العليا بعدم دستوريته فى الدعوى رقم ٢٨ لسنة ٢ق دستورية - الجريدة الرسمية فى ١٦ مايو ١٩٨٥ العدد ٢٠.

وعلى المحكمة عند نظر الإعتراض ، او بناء على طلب احد الزوجين ، التدخل لانهاء النزاع بينهما صلحا بإستمرار الزوجية وحسن المعاشرة ، فإذا بان لها ان الخلاف مستحكم وطلبت الزوجة التطليق اتخذت المحكمة اجراءات التحكيم الموضحة فى المواد من ٧ الى ١١ من هذا القانون"

ويتضح من النص السابق ما يلى:

١- ان الجزاء الذى يترتب على امتناع الزوجة عن طاعة زوجها دون حق هو حرمانها من النفقة من تاريخ الامتناع ، وهذا حكم موضوعى مأخوذ به فى الشرائع المسيحية وعلى سبيل المثال فقد نصت المادة ١٤٧ من مجموعة ١٩٣٨ للأقباط الارثوذكس على ان "يسقط حق الزوجة فى النفقة إذا تركت منزل زوجها بغير مسوغ شرعى او أبت السفر معه الى الجهة التى نقل إليها محل اقامته بدون سبب مقبول".

٢- ان الزوجة تعتبر ممتنعة دون حق عن طاعة زوجها إذا لم تعد الى منزل الزوجية رغم دعوتها للعودة اليه باعلان على يد محضر.

٣- ان الزوجة تستطيع الاعتراض على هذا الاعلان امام القضاء على ان تبين اسباب ذلك فإذا إقتنعت المحكمة بهذه الأسباب وقبلت الاعتراض فان الزوجة لاتعد ناشزا ولا يسقط حقها فى النفقة.

٤- ان الزوجة تعد ناشزا ويسقط حقها فى النفقة إذا مضى الميعاد المقرر للإعتراض دون ان تعترض على الاعلان ، أو إذا اعترضت ورفضت المحكمة هذا الاعتراض.

٥- ان المحكمة يجب عليها التدخل للصلح بين الزوجين وفقا للفقرة الاخيرة من المادة المذكورة.

ونميل بعد صدور القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٨٥ الى الرأى القائل بانه "يستفاد من هذا ان القانون ١٠٠ لسنة ١٩٨٥ قد نسخ نص المادة ٣٤٥ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية فقد جاء القانون المذكور منظما لإثبات واجراءات وآثار امتناع الزوجة عن طاعة زوجها وطبقا للمادة الثانية من القانون المدنى فان الغاء النص يتحقق بتنظيم التشريع الجديد للموضوع الذى سبق ان قرر قواعده التشريع القديم ، فالتشريع الجديد نظم بصورة كاملة الآثار التى تترتب على الامتناع عن الطاعة ، فلم ينص الا على الصلح او التطليق مع الجزاءات المالية وأسقط التنفيذ العينى عمدا من بين الوسائل التى يلجأ اليها فى حالة الامتناع عن الطاعة ، وإذا كان الامر كذلك بالنسبة للمسلمين فانه لامحل للقول بإمكان ذلك بالنسبة لغير المسلمين".[٥٨٨]

والخلاصة – فى رأينا – ان التنظيم التشريعى لمسألة خروج الزوجة عن واجب الطاعة هو ذلك الوارد بالمادة ١١ مكرر ثانيا سالف الذكر وذلك بالنسبة للمسلمين ، وهو لايتضمن جواز تنفيذ حكم الطاعة على الزوجة الناشز بل يقتصر على مجرد اسقاط حقها فى النفقة ، وأيا كان الرأى فى تحديد طبيعة الاحكام التى تتضمنها المادة ١١ مكرر ثانيا سالفة الذكر وما إذا كانت تتضمن أحكاما موضوعية أم أحكاما إجرائية ، فقد استقر قضاء محكمة النقض على تطبيقها على غير المسلمين حتى لو اتحدوا فى الملة والطائفة باعتبار انها تتضمن احكاما اجرائية[٥٨٩] فقد قضت محكمة النقض بان "النص

(٥٨٨) راجع: حسام الاهوانى – السابق ص٥١٩.

(٥٨٩) ويلاحظ ان المادة ١١ مكرر ثانيا المذكورة قد تضمنت فى فقرتها الاولى حكما موضوعيا هو حرمان الزوجة الناشز من النفقة وقد رأينا ان هذا الحكم الموضوعى مقرر ايضا بمقتضى الشرائع المسيحية وعلى سبيل المثال المادة ١٤٧ من مجموعة ١٩٣٨ للاقباط الارثوذكس ويعمل بذات الحكم دون حاجة لنص خاص فى جميع الشرائع المسيحية لان الالتزام بالطاعة مقرر بنص مقدس كما سبق ان ذكرنا.

فى الفقرة الثانية من المادة ٦ من القانون ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥ بإلغاء المحاكم الشرعية والملية على انه (بالنسبة للمنازعات المتعلقة بالاحوال الشخصية للمصريين غير المسلمين والمتحدى الطائفة والملة الذين لهم جهات قضائية منظمة وقت صدور هذا القانون فتصدر الاحكام - فى نطاق النظام العام - طبقا لشريعتهم) مفاده ان الاحكام التى يتعين على المحاكم تطبيقها هى الاحكام الموضوعية فى الشريعة الخاصة الواجبة التطبيق ، وكان ما ورد فى المادة ١١ مكرر ثانيا من القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ المشار اليه والمضافة بالقانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٨٥ فى خصوص ما يتبع فى دعوة الزوج زوجته للدخول فى طاعته واعتراضها على ذلك امام المحكمة الابتدائية *انما هى من قواعد الاختصاص ومسائل الاجراءات* فانها تسرى على جميع منازعات الطاعة أيا كانت ديانة اطرافها ، وإذ التزم الحكم المطعون فيه هذا النظر وإعتد بإجراءات دعوة المطعون عليه للطاعنة بالدخول فى طاعته واعتراضها على ذلك وفقا لما ورد بالنص المشار اليه فانه لايكون قد اخطأ فى تطبيق القانون".(٥٩٠)

---

(٥٩٠) نقض ١٩٩٠/٥/٨ فى الطعن رقم ٣٥ لسنة ٥٩ق - مجموعة س٤١ ص٦٩ ، وفى ذات المعنى نقض ١٩٩١/٢/٢٦ فى الطعن رقم ٨١ لسنة ٥٨ مجموعة س٤٢ ص٥٩٥ ومن احدث احكامها غير المنشورة : نقض ١٩٩٢/١٢/٢٢ فى الطعن رقم ٢١١ لسنة ٥٩ ق ، نقض ٢٠/٦/ ١٩٩٥ فى الطعن رقم ٢٠٦ لسنة ٦١ق ، نقض ١٩٩٥/١١/٢٧ فى الطعن رقم ٢٧ لسنة ٦٢ق.

المطلب الثانى

آثار الزواج بالنسبة للاولاد[٥٩١]

يترتب على الزواج آثار هامة فى العلاقة بين الآباء والأبناء ، فيلتزم الوالدان بالاهتمام بمصالح ابنائهم وتربيتهم التربية الصحيحة من الناحيتين الروحية والجسدية ، كما يلتزم الابناء باحترام الوالدين وحسن رعايتهم وهذه الالتزامات اقرب الى الالتزامات الدينية او الاخلاقية منها الى الالتزام القانونى.[٥٩٢] ، إلا ان هناك التزامات متبادلة بين الابناء والآباء ذات طابع قانونى محدد اهمها حق الابناء فى ثبوت نسبهم من آبائهم وإلتزام الام بحضانة الاطفال كما ان هناك التزاما متبادلا بالنفقة بين الآباء والابناء ، كما نشير الى الولاية على النفس وهى حق للآباء وواجب عليهم فى ذات الوقت حماية للصغار مع ملاحظة ان الولاية على المال قد نظمت بقواعد موحدة بالنسبة لجميع المصريين ، ونتناول بايجاز أهم هذه المسائل:

اولا: ثبوت النسب:

يلاحظ ان دعوى النسب قد ترفع استقلالا كما إذا رفعت اثناء حياة الشخص المراد اثبات النسب منه وهنا تطبق عليها احكام الشريعة الطائفية إذا توافرت شروط تطبيقها ، اما إذا كانت مسألة النسب متصلة بمسألة من مسائل الميراث بحيث يكون الفصل فى مسألة النسب مسألة أولية لازمة للفصل فى

---

(٥٩١) راجع تفصيلا – توفيق فرج – السابق ص٧٣٩ وما بعدها.

(٥٩٢) نصت المادة ١٢٤ من مجموعة ١٩٣٨ على انه "يجب على الولد فى أى سن كان ان يحترم والديه ويحسن معاملتهما" ، ونصت المادة ٢٥ على ان "يبقى الولد تحت سلطة والديه الى ان يبلغ سن الرشد ولا يسمح له بمغادرة منزل والديه بغير رضائهما إلا بسبب التجنيد" ونصت المادة ١٢٦ على ان "يطلب من الوالد ان يعنى بتأديب ولده وتربيته وتعليمه ما هو ميسر له من علم او حرفة .... ويطلب من الوالدة الاعتناء بشأن ولدها".

دعوى الميراث فان الشريعة الإسلامية هى التى تطبق طالما ان المادة ٨٧٥ من القانون المدنى تنص على ان "تعيين الورثة ..... تسرى فى شأنه احكام الشريعة الإسلامية والقوانين الصادرة فى شأنها" ، فمن الواضح ان اثبات النسب يترتب عليه بصفه تلقائية تحديد ما إذا كان الشخص وارثا أم غير وارث.(٥٩٣)

وتأخذ الشرائع المسيحية – مثل الشريعة الإسلامية – بقرينة الولد للفراش ومؤداها ان يعتبر الاولاد شرعيين متى ولدوا حال قيام الزوجية متى توافرت شروط معينة ، وهذه القرينة مقررة لصالح الاولاد وهى ليست قاطعة بل قابلة لاثبات العكس عن طريق نفى نسب الولد للزوج ، مراعاة ايضا لمصلحة الاب الذى لايجب ان ينسب اليه ولد ليس منه.

ولذلك يشترط لاعمال قرينة الولد للفراش ان تستمر الزوجية فترة معينة ويتم ذلك بتحديد اقل مدة للحمل وأقصى مدة له ، وقد نصت المادة ٨٧ من مجموعة ١٩٣٨ على ان "أقل مدة للحمل ستة اشهر واكثرها عشرة اشهر بحساب الشهر ثلاثين يوما" كما نصت المادة ٨٨ على انه "إذا ولدت الزوجة ولدا لتمام ستة اشهر فصاعدا من حين عقد الزواج ثبت نسبه من الزوج" ،

---

(٥٩٣) "وقد قضت محكمة النقض بان "دعاوى الارث بالنسبة لغير المسلمين من المصريين كانت من اختصاص القضاء الشرعى يجرى فيها على وفق احكام الشريعة الإسلامية وان دعوى النسب بعد الوفاة المورث لا يمكن رفعها استقلالا بالنسبة للنسب وحده بل يجب ان تكون ضمن دعوى حق فى التركة يطلبه المدعى مع الحكم بثبوت نسبه مما ينبنى عليه ان اختصاص القضاء الشرعى دون سواه فى دعوى الارث بالنسبة لغير المسلمين وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة يستتبع حتما اختصاصه بدعوى النسب عملا بقاعدة ان قاضى الاصل هو قاض الفرع ، أما القول بفصل دعوى النسب عن دعوى الميراث وجعل الاولى وحدها من اختصاص المجلس الاعلى لا القضاء الشرعى فلا مجال له لانه إذا اعتبر ثبوت النسب مسألة أولية يجب الفصل فيها اولا من المجالس الملية فان دعوى الميراث لا تكون إلا مجرد تقسيم للتركة وهذا لا يقتضى الالتجاء الى القضاء" نقض ١٩/٦/ ١٩٦٣ فى الطعن رقم ٤٠ لسنة ٢٩ق-مجموعة س١٤ ص٨٤٣.

كما نصت المادة ٩٣ على انه "يجوز نفى الولد بعد مضى عشرة اشهر من تاريخ وفاة الزوج او من تاريخ حكم الطلاق"(٥٩٤)

على انه يجوز اثبات عكس ذلك بنفى النسب رغم حدوث الولادة فى المواعيد السابقة فى حالات نصت عليها مجموعة ١٩٣٨ للأقباط الارثوذكس وذلك رغم قيام الزوجية:

١- يمكن للزوج ان ينفى الولد إذا ثبت انه فى الفترة بين اليوم السابق على الولادة بعشرة اشهر واليوم السابق عليها بسته اشهر كلن يستحيل عليه ماديا ان يتصل بزوجته سواء بسبب بعد المسافة بينهما او بسبب وجوده فى السجن او بسبب حادث من الحوادث (م٨٩).

٢- وللزوج ان ينفى الولد لعلة الزنا إذا كانت الزوجة قد اخفت عنه الحمل والولادة.(٥٩٥)

٣- فى حالة رفع دعوى الطلاق يجوز للزوج ان ينفى نسب الولد الذى يولد بعد مضى عشرة اشهر من تاريخ القرار الصادر بالترخيص للزوجة بالاقامة فى مسكن منعزل او قبل ستة اشهر من تاريخ رفض الدعوى او الصلح.(٥٩٦)

وليس للزوج ان ينفى الولد المولود قبل مضى سته اشهر من تاريخ الزواج فى الاحوال الآتية:

---

(٥٩٤) وقد نصت المادة ١٠٤ بند٢ من الارادة الرسولية على انه "يقدر الاولاد شرعيين إذا ولدوا بعد مائة وثمانين يوما على الاقل من تاريخ عقد الزواج او ضمن ثلاثمائة يوم على الاقل من تاريخ انحلال العيشة الزواجية".

(٥٩٥) ولكن ليس له ان ينفيه بادعائه عدم المقدرة على الاتصال الجنسى (م ٩٠).

(٥٩٦) على ان دعوى النفى هذه لا تقبل إذا ثبت فى الواقع حصول اجتماع بين الزوجين(م ٩٢).

١- إذا كان يعلم ان زوجته كانت حاملا قبل الزواج.(٥٩٧)

٢- إذا بلغ عن الولادة او حضر التبليغ عنها.

٣- إذا ولد ميتا أو غير قابل للحياه. (م ٩١ من مجموعة ١٩٣٨).

وفى الاحوال التى يجوز فيها للزوج نفى الولد يجب عليه ان يرفع دعواه فى ظرف شهر من تاريخ الولادة إذا كان حاضرا وقتها او من تاريخ عودته إذا كان غائبا أو من تاريخ علمه بها إذا كانت اخفيت عنه (م ٩٤ مجموعة ١٩٣٨).

اما عن وسائل اثبات النسب فقد نصت المادة ٩٦ من مجموعة ١٩٣٨ على ان "تثبت البنوة الشرعية بشهادة مستخرجة من دفتر قيد المواليد. وإذا لم توجد شهادة فيكفى لاثباتها حيازة الصفة. وهى تنتج من اجتماع وقائع تكفى للدلالة على وجود رابطة البنوة بين شخص وشخص اخر ومن هذه الوقائع ان الشخص كان يحمل دائما اسم الوالد الذى يدعى بنوته له ، وان هذا الوالد كان يعامله كابن له وكان يقوم على هذا الاعتبار بتربيته وحضانته ونفقته وانه كان معروفا كأب له فى الهيئة الاجتماعية وكان معترفا به من العائلة كأب ، فإذا لم توجد شهادة ولا حيازة فيمكن اثبات البنوة بشهادة الشهود المؤيدة بقرائن الاحوال".(٥٩٨)

---

(٥٩٧) ونعتقد مخالفة هذه الحالة للنظام العام فى مصر الذى لا يجيز اختلاط الانساب حتى ولو كان الزوج يعلم ان زوجته حامل من غيره قبل الزواج.

(٥٩٨) تجيز الشرائع الطائفية للمسيحيين ثبوت نسب الاولاد غير الشرعيين فى حالات معينة كما تجيز التبنى بشروط معينة وفى حدود معينة (راجع المواد ٩٧ - ١٢٣ من مجموعة ١٩٣٨) ونرى ان النظام العام فى مصر لايعترف بالاولاد غير الشرعيين ولا بنظام التبنى ولذلك لانعتقد بجواز تطبيق هذه القواعد امام القضاء فى مصر - راجع فى هذه القواعد تفصيلا - توفيق فرج - السابق ص٧٥١ وما بعدها ، ويلاحظ ان المواد ١٠٠ - ١٠٥ تتضمن احكاما مشابهة لنظام الاقرار بالنسب المعروف فى الشريعة الإسلامية إلا ان هذه القواعد الواردة بمجموعة ١٩٣٨ تجيز الاقرار ببنوة الولد غير=

ثانيا: الحضانة:

سوف نشير بإيجاز الى اهم احكامها الواردة بمجموعة ١٩٣٨ للاقباط الارثوذكس:

أ- لمن تثبت الحضانة:

الاصل ان الحضانة تكون للاقارب من النساء وقد نصت على ذلك المادة ١٢٧ فجاء بها ان "الأم احق بحضانة الولد وتربيته حال قيام الزوجية وبعدها ، وبعد الام تكون الحضانة للجدة لام ثم للجدة لاب ثم لاخوات الصغير وتقدم الاخت الشقيقة ثم الاخت لام ثم الاخت لاب ثم لبنات الاخوات بتقديم بنت الاخ لابوين ثم لام ثم لاب ثم لبنات الاخ كذلك ثم لخالات الصغير وتقدم الخالة لابوين ثم الخالة لام ثم لاب ثم لعمات الصغير كذلك ثم لبنات الخالات والاخوال ثم لبنات العمات والاعمام ثم لخالة الام ثم لخالة الاب ثم لعمة الام ولعمة الاب بهذا الترتيب" اما إذا يوجد للطفل قريبة من النساء فقد نصت المادة ١٢٨ على ان تنتقل الحضانة الى الاقارب الذكور ويقدم الاب ثم الجد لاب ثم الجد لام ثم الاخ الشقيق ثم الاخ لاب ثم الاخ لام ثم بنو الاخ الشقيق ثم بنو الاخ لاب ثم بنو الاخ لام ثم العم الشقيق ثم العم لاب ثم العم لام ثم الخال لابوين ثم الخال لاب ثم الخال لام ثم اولاد من ذكروا بهذا الترتيب.

ب- شروط من يتولى الحضانة:

يشترط فى الحاضنة ان تكون قد تجاوزت سن السادسة عشرة وفى الحاضن ان يكون قد تجاوز سن الثامنة عشرة ويشترط فى كليهما ان يكون

**الشرعى (م١٠٣) وهو ما يخالف الشريعة الإسلامية فى هذا الشأن ويخالف ايضا - فى رأينا - النظام العام فى مصر الذى لايعترف بالابناء غير الشرعيين بصفه عامة.

مسيحيا عاقلا امينا قادرا على تربية الصغير وصيانته وان لا يكون مطلقا لسبب راجع إليه ولا متزوجا بغير محرم للصغير (م١٢٩).

جـ- محل (مكان) الحضانة:

يمنع الاب من اخراج الولد من بلد امه بلا رضاها مادامت حضانتها (م١٣٦) وليس للام المحكوم بطلاقها ان تسافر بالولد الحاضنة له من محل حضانته من غير اذن ابيه إلا إذا كان انتقالها الى محل اقامة اهلها وبشرط ان لا يكون خارج القطر المصرى (م١٣٧) ولا يجوز لغير الام من الحاضنات فى اى حال ان تنقل الولد من محل حضانته إلا بإذن ابيه او وليه (م١٣٨).

د- اجرة الحضانة:

اجرة الحضانة غير النفقة ويلتزم بها ابو الصغير ان لم يكن له مال (م١٣٤) ولا تستحق الام اجرة على حضانة طفلها حال قيام الزوجية ولها الحق فى الاجرة ان كانت مطلقة وإذا احتاج المحضون الى خادم او مرضع وكان ابوه موسرا يلزم باجرته وغير الام من الحاضنات لها الاجرة (م١٣٥).

هـ- انتهاء الحضانة:

تنتهى الحضانة ببلوغ الصبى سبع سنين وبلوغ الصبية تسع سنين وحينئذ يسلم الصغير الى ابيه أو عند عدمه الى من له الولاية على نفسه فإن لم يكن ولى يترك الصغير عند الحاضنة الى ان يرى المجلس (محكمة الاحوال الشخصية) من هو اولى منها باستلامه (م١٣٩).

ثالثا: النفقة بين الآباء والابناء:

سوف نشير بإيجاز الى اهم الاحكام الخاصة بها فى مجموعة ١٩٣٨:

أ- واجب الآباء فى الانفاق على الابناء:

تجب النفقة بانواعها الثلاث على الاب لولده الصغير الذى ليس له مال سواء أكان ذكرا او انثى الى ان يبلغ الذكر حد الكسب ويقدر عليه وتتزوج الانثى (م١٥٢).

ويجب على الاب نفقة ولده الكبير الفقير الذى لايستطيع الكسب ونفقة الانثى الكبيرة الفقيرة ما لم تتزوج (م١٥٣) وإذا كان الاب معدما او معسرا تجب النفقة على الام إذا كانت موسرة وإذا كان الابوين معدومين او معسرين تجب النفقة على الجد والجدة لاب ثم الجد والجدة لام (م١٥٤).

ب- واجب الابناء فى الانفاق على الآباء:

يجب على الولد الموسر كبيرا كان او صغيرا ذكرا كان او انثى نفقة والديه واجداده وجداته الفقراء ولو كانوا قادرين على الكسب (م١٥٦).

المبحث الثانى

آثار الزواج فى الشريعة اليهودية[٥٩٩]

اولا: آثار الزواج بين الزوجين:

١ – الآثار المالية:

لا يترتب على الزواج فى شريعة القرائين تقييد حق المرأة فى اموالها فلها ان تتصرف فيها دون إذن زوجها والاصل الا تكون له ايه حقوق على أموالها إلا بإذنها وذلك بعكس شريعة الربانيين التى تمنع المرأة من التصرف فى اموالها دون اذن زوجها وللزوج ان ينتفع باموالها جميعا بشرط ان يقوم بما عليه من واجبات إلا انه لا يستطيع التصرف فى اموالها الا بموافقتها.

وقد سبق ان تحدثنا عن المهر فى الشريعة اليهودية باعتباره من اركان او شروط الزواج فهو ليس أثرا من آثاره ، وتعرف الشريعة اليهودية الدوطة (البائنة) ولا تجيز للزوج ان يتصرف فيها بغير اذن الزوجة وإن كان له ان ينتفع بها.

٢ – الحقوق المشتركة بين الزوجين:

لا تختلف هذه الحقوق فى جوهرها عن تلك المقررة فى الشرائع المسيحية فهناك التزام متبادل بحسن المعاشرة كما يلتزم الزوجان بالمعيشة المشتركة (المساكنة) وما يرتبط بذلك من المخالطة الجسدية مع ملاحظة انه لا يشترط فى مسكن الزوجية ان يكون مستقلا فى الشريعة اليهودية إلا إذا اضطهد اهل الزوج الزوجة وكرهت ان تقيم معهم ، فإذا توافرت بالمسكن

---

(٥٩٩) راجع تفصيلا – توفيق فرج – السابق ص٧٥٦ وما بعدها.

باقى الشروط الشرعية فعلى الزوجة ان تقيم به وإلا كانت ناشزا وسقط حقها فى النفقة.

٣- حقوق الزوجة على زوجها (النفقة الزوجية).

لا تختلف احكام النفقة كثيرا فى الشريعة اليهودية عن الشريعة المسيحية ، فواجب النفقة يقع على الزوج بعناصرها المألوفة (الطعام والملبس والمسكن ونفقه العلاج).[٦٠٠] ولا يلزم الزوج بالنفقة نقدا إذا كانت الزوجة تقيم معه ، وتقدر النفقة بالنظر الى حالة الزوج عسرا او يسرا وإذا امتنع الزوج عن اداء النفقة فيمكن استصدار حكم ضده عليه بادائها مع جواز تنفيذه بالاكراه البدنى حيث رأينا ان نص المادة ٣٤٧ من لائحة ترتيب المحاكم الشرعية ينطبق على جميع المصريين ويسرى ذات القول بالنسبة لمسألة عدم سماع دعوى النفقة عن مدة تجاوز السنة.

٤- حقوق الزوج على زوجته (الطاعة).

يجب على المرأة طاعة زوجها فى الشريعة اليهودية ايضا فى الحدود المشروعة ، فإذا اخلت بهذا الالتزام فانها تكون ناشزا ويسقط حقها فى النفقة وقد سبق ان رأينا ان احكام محكمة النقض قد استقرت على تطبيق الاحكام الواردة بالمادة ١١ مكرر ثانيا من القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ المضافة بالقانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٨٥ على جميع المصريين فيما يخص تنظيم اجراءات دعوة الزوجة للدخول فى طاعة زوجها.

---

(٦٠٠) وتخص الشريعة اليهودية بالذكر فدية المرأة إذا أسرت ونفقات دفنها عند وفاتها - راجع توفيق فرج - السابق ص٧٧٧.

ثانيا: آثار الزواج بالنسبة للأولاد:

أهم هذه الآثار بطبيعة الحال هى مسألة ثبوت النسب ولكن الشريعة اليهودية لم تتعرض لها تفصيلا على النحو الوارد بالشرائع المسيحية باستثناء بعض الاحكام الواردة بشريعة الربانيين.

ويقال هنا ما سبق قوله بشأن دعوى النسب فهى تخضع لاحكام الشريعة اليهودية باعتبارها من مسائل الاحوال الشخصية إلا إذا كانت مسألة النسب مسألة أولية فى دعوى الميراث فتطبق عليها الشريعة الإسلامية وسنشير بإيجاز لاهم احكام النسب فى شريعة الربانيين.

فالاصل فى ثبوت النسب هو قاعدة الولد للفراش فيعتبر الأولاد شرعيين إذا ما ولدوا من زوجية صحيحة قائمة وقد نصت القواعد الخلقية بالربانيين على ان اقل مدة للحمل هى سبعة أشهر واقصى مدته سنة فإذا ولد الولد خلال المدة السابقة فإنه يعد شرعيا ما لم يتم نفى نسبه.

ويلاحظ أن الزواج لا يكتمل فى الشريعة اليهودية إلا بتوافر جميع اركانه وهى التقديس والعقد المكتوب وصلاة البركة ، فإذا تم التقديس فان المرأة رغم ارتباطها بالرجل لايمكن الدخول بها إلا بعد القيام بباقى الاجراءات ، فإذا حدثت معاشرة بينهما ، فكان المنطق يقضى بان الولد الناشئ عن هذه العلاقة لايعد شرعيا ، إلا ان الشريعة اليهودية اعتبرته ولدا شرعيا على سبيل الاستثناء حرصا على مصلحته.

كما تعترف الشريعة اليهودية بنسب الولد من الزواج الثانى إذا اعتقدت الزوجة وفاة زوجها الاول رغم كونه حيا ، كما تاخذ الشريعة

اليهودية بنظام الاقرار بالنسب وتراعى القواعد العامة في عدم اضرار هذا الاقرار بالغير.(٦٠١)

(٦٠١) ويبدو ان شريعة الربانيين تساوى فى الحقوق والواجبات بين الولد الشرعى والولد غير الشرعى - راجع توفيق فرج - السابق ص٧٨٩ وهو ما نعتقد عدم جواز تطبيقه فى مصر لمخالفة ذلك للنظام العام الذى لايعترف - فى رأينا - بالولد غير الشرعى.

الفصل الرابع

انحلال الزواج[٦٠٢]

تنقضى رابطة الزوجية بداهة بوفاة احد الزوجين[٦٠٣] ولكنها قد تنقضى ايضا رغم بقاء الزوجين على قيد الحياة وذلك بالطلاق ، ويتسع معنى لفظ الطلاق ليشمل الطلاق بالإرادة المنفردة للزوج والطلاق بحكم المحكمة وهو ما يسمى بالتطليق ، ولما كانت الشريعة المسيحية لا تعرف الطلاق بالارادة المنفردة فان لفظ التطليق يكون اكثر دقة فى هذه الشريعة ، فالاصل إذا استعملنا لفظ الطلاق هنا فاننا نقصد به الطلاق بحكم المحكمة اى التطليق، ويلاحظ ان مجموعة ١٩٣٨ للاقباط الارثوذكس لا تجد حرجا فى استعمال لفظ الطلاق باستمرار (راجع المواد ٤٩ - ٧٣).

وقد حدث خلاف كبير بين المذاهب المسيحية بشأن الطلاق واستقر الأمر على عدم اعتراف المذهب الكاثوليكى بالطلاق ووجد به نظام بديل هو نظام الانفصال الجسمانى ، بينما اجاز المذهبان الارثوذكسى والبروتستانتى الطلاق في حالات معينة مع احتفاظهما بجواره بنظام الانفصال الجسمانى فى حدود معينة. وسوف نتناول بشئ من التركيز اسباب او حالات الطلاق لدى الاقباط الارثوذكس وفقا لمجموعة ١٩٣٨ ثم نظام الانفصال الجسمانى عند الكاثوليك بعد ان نتناول اولا بعض الملاحظات بشأن انحلال الزواج فى الشرائع المسيحية بصفه عامة.

---

(٦٠٢) نظرا للطبيعة الموجزة لهذا المؤلف فاننا لن نتناول الطلاق فى الشريعة اليهودية ، ونشير باختصار الى ان الشريعة اليهودية تعرف الطلاق بالارادة المنفردة للزوج كما تعرف الطلاق بحكم القاضى مع احاطة الطلاق بالارادة المنفردة بمجموعة من الاجراءات التى تستهدف التحقق من جدية المسوغ الذى دفعه للطلاق ، كما يجوز للزوجة ان تطلب التطليق فى حالات معينة ، وتوجد بعض الحالات التى يتم فيها الطلاق لحق الشرع وليس لحق احد الزوجين - راجع تفصيلا - توفيق فرج - السابق ص١٠١٤ وما بعدها.

(٦٠٣) سواء كانت الوفاة حقيقية ام حكما فى حالة الحكم باعتبار الزوج المفقود ميتا.

المبحث الاول

ملاحظات عامة بشأن انحلال الزواج فى الشريعة المسيحية

اولا: يلاحظ ان الحالة الوحيدة التى ورد فيها نص صريح على الطلاق فى الانجيل هى التطليق لعلة الزنا ، وقد نشأت باقى حالات الطلاق من المصادر الأخرى للشريعة المسيحية وعلى سبيل الاستثناء من الاصل فى الزواج المسيحى وهو الدوام ولذلك فإن اسباب او حالات الطلاق فى الشرائع المسيحية تكون واردة على سبيل الحصر وليس على سبيل المثال.(٦٠٤)

ثانيا: ان تحديد اسباب التطليق فى شريعة الاقباط الارثوذكس يكون بالرجوع الى مجموعة ١٩٣٨ وليس لمجموعة ١٩٥٥ التى لم تكتسب صفة العرف الملزم لعدم تطبيقها اطلاقا امام المجالس الملية كما استقر على ذلك قضاء محكمة النقض ، واطردت المحاكم على تطبيق حالات الطلاق الواردة بمجموعة ١٩٣٨ دون ان تتأثر بالقرارات البابوية التى صدرت بعدم الاعتراف بغير التطليق لعلة الزنا(٦٠٥) ، إلا ان القرارات المذكورة قد أثارت مشكلة فيما يتعلق بالزواج بعد التطليق لسبب آخر غير الزنا ، حيث تمتنع الكنيسة القبطية الارثوذكسية عن ابرام الزواج ، وهو ما لايجوز اجبارها عليه بحكم من القضاء إذ أن صلاة الاكليل تعد من الاختصاصات الدينية الباقية للكنيسة ، وهنا لايكون امام الشخص الذى يرغب فى الزواج مرة اخرى – فى رأى بعض الفقه – سوى الزواج من زوج مختلف معه فى الملة او

---

(٦٠٤) راجع – حسام الاهوانى – السابق ص٥٧٤ وايضا: احمد سلامة – السابق ص٨٥٧.

(٦٠٥) راجع تفصيلا – حسام الاهوانى – السابق ص٥٧٦ وما بعدها.

الطائفة ، فتطبق عليهما احكام الشريعة الإسلامية وتختص بالتوثيق جهة الشهر العقارى مباشرة دون حاجة للجوء للكنيسة.(٦٠٦)

ثالثاً: أجازت المادة ١٨ من قانون الإنجيليين الطلاق فى حالتين فقط هما:

١- إذا زنى أحد الزوجين وطلب الزوج الآخر الطلاق.

٢- إذا اعتنق احد الزوجين ديانة أخرى غير الديانة المسيحية وطلب الزوج الآخر الطلاق ، ولن نتناول حالتى الطلاق لدى الانجيليين استقلالا اكتفاء بما سنقوله بشأن الحالتين المماثلتين فى شريعة الأقباط الارثوذكس.

رابعا: ان التفريق او الانفصال الجسمانى هو البديل للطلاق فى المذهب الكاثوليكى اما فى شريعة الاقباط الارثوذكس فإن التفريق الجسمانى يوجد بجوار الطلاق كإجراء وقتى حتى الفصل فى دعوى الطلاق ، فقد نصت المادة ٦٠ من مجموعة ١٩٣٨ على ان "يبدأ المجلس (محكمة الاحوال الشخصية) قبل النظر فى موضوع الدعوى بعرض الصلح على الزوجين فإن لم يقبلاه ينظر فى الترخيص لطالب الطلاق بان يقيم بصفة مؤقتة اثناء رفع الدعوى بمعزل من الزوج الآخر مع تعيين المكان الذى تقيم فيه الزوجة إذا كانت هى طالبة الطلاق ......".

كما ورد نظام الانفصال الجسمانى بقانون الانجيليين ايضا فنصت المادة ١٤ منه على ان "المفارقة هى تباعد الزوجين عن بعضهما البعض بسبب تنافر بينهما وتزول المفارقة بالمصالحة بينهما" والمادة ١٥ على أنه "إذا

---

(٦٠٦) حسام الاهوانى - السابق ص٥٧٨ مع ملاحظة ان هذا الحل قد قيل قبل القضاء الحديث لمحكمة النقض والذى اعتبر الشكل الدينى من المسائل المتعلقة بجوهر الشريعة المسيحية وهو ما قد يؤدى الى القول ببطلان الزواج المسيحى إذا لم يتم فى الشكل الدينى حتى ولو اختلف الاطراف فى الملة والطائفة - راجع ما سبق تحت عنوان "الحالات التى لا تطبق فيها الشريعة الإسلامية رغم تخلف شروط تطبيق الشريعة الخاصة".

اصبحت عيشة احد الزوجين منغصة مرة فوق الاحتمال بسبب سوء معاملة الآخر المتواصلة ولم تفلح المصالحة بينهما وطلب المفارقة جاز للسلطة المختصة ان تحكم له بها الى ان يتصالحا ، فان كان الزوج سببها وجبت عليه النفقة لامرأته واولاده الذين فى رضاعتها او حضانتها باتفاق الزوجين على تقديرها أو بتقديرها من السلطة المختصة ، وإن كانت الزوجة سبب المفارقة فلا تلزمه النفقة عليها إلا إذا كان له اولاد فى رضاعتها أو حضانتها ، ونصت المادة ١٦ على انه "إذا كانت علة المفارقة فى الزوجة فلها متاعها فقط المزودة به من بيت ابيها وإلا فلها متاعها ومهرها ايضا" ، ويبدو ان نظام الانفصال الجسمانى لدى الإنجيليين اقرب الى نظام الانفصال الجسمانى المقرر لدى الكاثوليك مع ملاحظة انه يقوم بجوار نظام الطلاق وليس بديلا عنه.

خامسا: نشير أخيرا ان المذهب الكاثوليكى يجيز حل الرابطة الزوجية فى حالات معينة و لايستعمل الفقه فى هذه الحالات تعبير الطلاق بل تعبير حل أو انحلال الزواج(٦٠٧) وهنا يجوز لنا أن نتساءل: لماذا لاتعتبر هذه الحالات من حالات الطلاق الذى لايعنى سوى انحلال الزواج رغم بقاء الزوجين على قيد الحياة؟

وهذه الحالات هى:

١- *حالة الامتياز البولسى:*

وذلك إذا كان الزوجان غير مسيحيين واعتنق احدهما المذهب الكاثوليكى فيجوز لهذا الاخير ان يعقد زواجا جديدا إذا رفض الزوج الآخر

---

(٦٠٧) راجع على سبيل المثال - حسام الأهوانى - السابق ص٦٢٥ وما بعدها ، احمد سلامة - السابق ص٧٥٦ وما بعدها ، توفيق فرج - السابق ص٩٣٧ وما بعدها.

اعتناق الكاثوليكية ، وهنا ينحل الزواج اول بقوة القانون بمجرد ابرام الزواج الجديد ، وذلك سواء كان الزواج الاول مكتملا (بالدخول) أم غير مكتمل ، ويفقد هذا الامتياز اهميته فى مصر إذ رأينا أن اختلاف الدين يؤدى لتطبيق الشريعة الإسلامية.(٦٠٨)

٢- رهبنة احد الزوجين فى الزواج غير المكتمل:

نصت المادة ١٠٨ من الارادة الرسولية على ان "الزواج غير المكتمل .... ينحل بذات الشرع بالترهب الكبير اى الاحتفالى ...." ونلاحظ ان هذه الحالة خاصة بالزواج غير المكتمل فقط ، فإذا حدث دخول فلا ينحل الزواج بسبب رهبنة احد الزوجين ، و لايشترط لانحلال الزواج رضاء الزوج الآخر بالرهبنة بعكس شريعة الاقباط الارثوذكس التى تشترط موافقة الزوج الآخر على رهبنة زوجه ، ويراعى ان حل الزواج هنا يتم بقوة الشرع.(٦٠٩)

٣- التفسيح من البابا فى الزواج غير المكتمل:

نصت المادة ١٠٨ من الارادة الرسولية ايضا على ان "الزواج غير المكتمل .... ينحل .... بتفسيح يمنحه الحبر الرومانى لسبب عادل عن طلب من الفريقين او من احدهما فقط ولو بالرغم من الفريق الآخر".

ويلاحظ انه يشترط فى هذه الحالة ايضا الا يكون الزواج مكتملا فإذا

---

(٦٠٨) حسام الاهوانى - السابق ص٦٢٦ وقد نصت على هذا الامتياز المادتان ١٠٩ ، ١١٥ من الارادة الرسولية فنصت الاولى على ان "يحل الزواج الناموسى بين غير المعتمدين وان كان مكتملا مراعاة للايمان بقوة الامتياز البولسى" ، ونصت الثانية على ان " لا يحل وثاق الزواج الاول المعقود خارجا عن الايمان إلا عندما يعقد الفريق المؤمن زواجا جديدا صحيحا".

(٦٠٩) راجع - حسام الاهوانى - السابق ص٦٢١.

حدث دخول فلا يجوز حل الزواج ، كما يشترط توافر "سبب عادل" وهى عبارة واسعة تعطى سلطة تقديرية كبيرة ولهذا يدخل فى اطارها ارتكاب احد الزوجين للزنا الحقيقى او الحكمى وسوء السلوك الذى يتعذر معه توقع قيام حياة زوجية سليمة تقوم على الثقة ، كما تشمل اصابة الزوج بعجز جنسى بعد العقد وقبل الدخول".(٦١٠)

ويشترط كما هو واضح من النص ان يصدر التفسيح من البابا فى روما ويرى البعض انه بعد صدور القانون ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥ فان "الطلاق لا يصدر من البابا وانما يشترط لكى يحكم القضاء المصرى بإنحلال الزواج تقديم ما يفيد موافقة الرئاسة الدينية على التفسيح".(٦١١)

ونلاحظ على الرأى السابق انه استعمل لفظ "الطلاق" صراحة وهو ما يشجعنا على القول بأن المبدأ الذى يعتبره الفقه والقضاء راسخا ، وهو ان المذهب الكاثوليكى لا يعرف الطلاق ، لابد ان يهتز قليلا بعد ذكر هذه الحالات الثلاث ، ولا يؤثر فى قولنا هذا استعمال الارادة الرسولية لعبارة (حل الوثاق او حل الزواج) فليس ذلك فى حقيقته إلا الطلاق ، خاصة وان المادة ١٠٨ من الارادة الرسولية تعطى للبابا سلطة حل الزواج للسبب الذى يراه عادلا وهو ما يمنحه سلطة واسعة فى حل الزواج - اى الطلاق - وأيا

---

(٦١٠) حسام الاهوانى - السابق ص٦٢٧.

(٦١١) حسام الاهوانى - السابق ص٦٢٧ بل انه يرى "ان القضاء يجب ان يحل محل الرئاسة الدينية فى ذلك ، فالمسألة لا تتعلق بامر يتصل بالعقيدة وإنما يتصل بتقدير توافر سبب عادل يستوجب التفسيح ، والسبب العادل يتعلق بظروف الحياة الدنيا وليس بأمور تتصل بالعقيدة فالقانون ٤٦٢ لسنة ١٩٥٥ الغى السلطة القضائية للطوائف الدينية وتقدير توافر سبب للتفسيح من صميم العمل القضائى فى مسائل الاحوال الشخصية للكاثوليك" وأيا كانت وجاهة هذا الرأى فانه يؤدى لنتيجة خطيرة هى اقرار مبدأ الطلاق فى شريعة الكاثوليك وجعله قاعدة عامة وليس استثناء - كما هو الحال فى حالة التفسيح من البابا - وهو ما يخالف المبدأ الراسخ الذى استقر عليه الفقه والقضاء فى مصر وهو ان ملة الكاثوليك لاتعرف الطلاق.

كان الامر فإن اهتزاز المبدأ المذكور لايعنى - فى رأينا - الإقرار بمبدأ الطلاق فى شريعة الكاثوليك كقاعدة عامة وانما يعنى الاقرار بوجود بعض حالات الطلاق فيها على سبيل الاستثناء.

المبحث الثاني

حالات أو أسباب التطليق وفقا لمجموعة ١٩٣٨ للأقباط الأرثوذكس

قبل ان نتناول هذه الحالات او الاسباب فى مجموعة ١٩٣٨ فإننا نشير الى بعض القواعد العامة التى اوردتها المجموعة بشأن الطلاق فى جميع حالاته وهى:

١- نصت المادة ٥٩/ ٢ من المجموعة على انه "وبعد ان يسمع الرئيس او العضو المنتدب اقوال طالب الطلاق يعطيه ما يقتضيه الحال من النصائح ، فإن لم يقبلها يحدد للزوجين ميعادا لا يقل عن ثمانية ايام كاملة للحضور امامه بنفسهما فى مقر المجلس ، فإذا تعذر لاحدهما الحضور امامه يعين لهما المكان الذى يستطيعان الحضور فيه وفى اليوم المحدد يسمع اقوال الزوجين ويسعى فى الصلح بينهما ، فإن لم ينجح فى مسعاه يأمر باحالة الدعوى الى المجلس ويحدد لها ميعادا لايتجاوز شهرا".

ولكن قضاء محكمة النقض قد استقر على "أن محاولة التوفيق بين الزوجين وعرض الصلح عليهما المشار إليهما فى المادتين ٥٩ ، ٦٠ من تلك المجموعة لامجال للأخذ بها بعد الغاء المجالس الملية بمقتضى القانون رقم ٤٦٢/ ١٩٥٥ ، لان المادتين وردتا فى باب اجراءات الطلاق و لاتعتبران من القواعد الموضوعية المتعلقة باسبابه ومردهما الى السلطات الممنوحة للكنيسة بشأن تأديب الاب الروحى للزوجين حتى يتوبا وينصلح امرهما ولا محل لتبقيها امام القضاء الوضعى".(٦١٢)

---

(٦١٢) نقض ١٩٨٩/٥/١٦ فى الطعن رقم ١٢٠ لسنة ٥٧ ق مجموعة س٤٠ ص ٢٩٦.

٢- نصت المادة ٦٣/ ١ من المجموعة على انه " لايؤخذ باقرار المدعى عليه من الزوجين بما هو منسوب اليه ما لم يكن مؤيدا بالقرائن او شهادة الشهود" والحكمة من هذا النص واضحة وهى منع التحايل على القواعد الخاصة بالتطليق والتى لاتجيز الطلاق باتفاق الزوجين ويحدث ذلك عملا إذا رفع احدهما دعوى التطليق ناسبا للطرف الاخر وقائع معينة فيقرها الاخير فيتم التطليق بناء على ذلك.(٦١٣)

٣- الصلح بين الزوجين يؤدى لعدم قبول دعوى الطلاق وقد نصت على ذلك المادة ٦٤ حيث قررت انه " لاتقبل دعوى الطلاق إذا حصل صلح بين الزوجين سواء بعد حدوث الوقائع المدعاة فى الطلب او بعد تقديم هذا الطلب، ومع ذلك يجوز للطالب ان يرفع دعوى اخرى لسبب طرأ او اكتشف بعد الصلح وله ان يستند الى الاسباب القديمة فى تأييد دعواه الجديدة".

٤- تنقضى دعوى الطلاق بوفاة احد الزوجين قبل صدور الحكم النهائى بالطلاق (م٦٥) والحكمة من ذلك واضحة إذ أن رابطة الزوجية تكون قد انقضت بالوفاة فلا محل اذن للحكم بالطلاق بشأن رابطة زوجية لم يعد لها وجود.

---

(٦١٣) وهو ما ايدته محكمة النقض فقضت بان "المقرر - وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة - واعمالا لحكم المادة ٦٣ من قانون الاحوال الشخصية للاقباط الارثوذكس انه لايؤخذ باقرار المدعى عليه من الزوجين بما هو منسوب اليه ما لم يكن مؤيدا بالقرائن او شهادة الشهود ، لما كان ذلك وكان الحكم المطعون فيه والمؤيد للحكم الابتدائى قد اقام قضاءه بتطليق الطاعنة لعلة الزنا استنادا الى الاقرارين الصادرين منها بارتكابها جريمة الزنا وايد ذلك بقرينة مستمدة من خطاب صادر منها متضمنا اقرارها بواقعة الزنا فان ماثارته بسبب النعى يكون على غير اساس" نقض ٢٠/ ١١/ ١٩٩٠ فى الطعن رقم ١٣ لسنة ٥٩ق - مجموعة س٤١ ص٦٩٩.

ونتناول الآن حالات الطلاق فى مجموعة ١٩٣٨.

الحالة الاولى: الزنا(٦١٤)

نصت المادة ٥٠ من مجموعة ١٩٣٨ على انه "يجوز لكل من الزوجين ان يطلب الطلاق لعلة الزنا" والسبب فى جعل الزنا سببا للطلاق هو انه يعتبر - بداهة - اخلالا خطيرا بواجب الاخلاص بين الزوجين ، ويقصد بالزنا الاتصال الجنسى التام بين احد الزوجين والغير.(٦١٥)

ويلاحظ ان قانون العقوبات المصرى يفرق بين زنا الزوج وزنا الزوجة فلا يعاقب الزوج على الزنا إلا إذا ارتكب الزنا فى منزل الزوجية (م٢٧٧ من قانون العقوبات) وهذه التفرقة لا أثر لها فى حالتنا هذه فيعد الزنا من جانب الزوج سببا للطلاق ايا كان المكان الذى ارتكب فيه الزنا ، كما ان المادة ٢٧٣ من قانون العقوبات لاتجيز محاكمة الزوجة عن جريمة الزنا إذا ارتكب الزوج الزنا هو الاخر ، وهذا الحكم لايطبق هنا ايضا فيجوز لاحد الزوجين ان يطلب الطلاق بسبب زنا الزوج الاخر حتى ولو كان هو ايضا قد ارتكب الزنا.

ولا يتقيد قاضى الاحوال الشخصية بالادلة التى وضعها قانون العقوبات لاثبات جريمة الزنا فيجوز له ان يأخذ بها وبغيرها من الادلة(٦١٦) ،

---

(٦١٤) راجع تفصيلا - احمد سلامة - السابق ص٧٦٦ وما بعدها ، حسام الاهوانى - السابق ص٥٨٣ وما بعدها.

(٦١٥) وأيا كان شخص هذا الغير فقد قضت محكمة النقض بان "التطليق لعلة الزنا - ان ثبت فى جانب المرأة - لايشترط فيه بيان الاسم الصحيح لشريكها فى جريمة الزنا" نقض ٢٠/ ١١/ ١٩٩٠ فى الطعن رقم ١٣ لسنة ٥٩ق - مجموعة - س ٤١ ص٦٩٩.

(٦١٦) نصت المادة ٢٧٦ من قانون العقوبات على ان "الادلة التى تقبل وتكون حجة على المتهم بالزنا هى القبض عليه حين تلبسه بالفعل او اعترافه او وجود مكاتيب او اوراق اخرى مكتوبة منه او وجوده فى منزل مسلم فى المحل المخصص للحريم".

ولكن يكفى لاثبات جريمة الزنـا وجـود حكـم جنـائى بالادانـة بسـبب ارتكـاب جريمة الزنا ، وقد توسع القضاء فى الادلة التى تكفى لاثبات الزنا فلا يشترط التلبس به وإنما يكتفى بالادلة التى يغلب على الظن معها ارتكاب الزنا.[٦١٧]

ويلاحظ انه لا يعد من قبيل الزنا اتصال الزوجة برجل اعتقادا منها انه زوجها كما لو كانت ضعيفة النظر مثلا ، كما ان الاغتصاب لا يعد من قبيل الزنا لانه يتم بالاكراه تطبيقا للقواعد العامة.

وغنى عن البيان ان نص المادة ٦٤ من مجموعة ١٩٣٨ بشأن الصلح يطبق فى هذه الحالة فيؤدى الصلح الى عدم قبول دعوى الطلاق[٦١٨] أما فى حالة تنازل الزوج عن الدعوى الجنائية بشأن جريمة الزنا (راجع المادة ١٠ من قانون الاجراءات الجنائية) فان ذلك لايعد تنازلا عن الحق فى رفع دعوى التطليق بسبب الزنا إذ أن الهدف الاساسى من التنازل عن الدعوى الجنائية هو تجنب الفضائح التى ترتبط بها غالبا ولكن ذلك لايلزم الزوج بالاستمرار فى العلاقة الزوجية مع زوجه الذى ارتكب الزنا.

---

(٦١٧) ومن ذلك ان إدارة الزوجة لمسكن للدعارة "فضلا عما فيه من دلالة واضحة على سلوكها الشائن فهو يحمل على الاعتقاد بارتكاب الزوجة نفسها لجريمة الزنا ، لان من يرغب فى ارتكاب الفحشاء ، إذا لم يجد لديها نسوة فلا يستبعد أن تقوم بنفسها بهذا الغرض المنافى للآداب" حكم محكمة القاهرة الابتدائية فى ١٠/ ٦/ ١٩٥٦ فى القضية رقم ٤٩٨ لسنة ١٩٥٦ - خفاجى وجمعه ص٥٩.

(٦١٨) وهذا الصلح كما يكون صريحا فقد يكون ضمنيا فيستفاد مثلا من "اقتران تنازل الطاعن عن الدعوى الجنائية بالابقاء على المطعون ضدها فى منزل الزوجية ومعاشرته لها ، وتصالحه مع شريكها فى الزنا" نقض ٢٣/ ١/ ١٩٩٠ فى الطعن رقم ١٦ لسنة ٥٨ق - مجموعة س٤١ ص٢١٦.

الحالة الثانية: الخروج عن الدين المسيحى. (٦١٩)

نصت المادة ٥١ من مجموعة ١٩٣٨ على انه "إذا خرج احد الزوجين عن الدين المسيحى وانقطع الامل من رجوعه اليه جاز الطلاق بناء على طلب الزوج الآخر" ويرى الفقه ان هذا السبب يتعطل تطبيقا للقواعد العامة المقررة فى القانون المصرى بشأن تحديد القانون واجب التطبيق فى مسائل الأحوال الشخصية.(٦٢٠)

فخروج احد الزوجين عن الدين المسيحى لا يخرج عن ثلاثة فروض:

الاول: ان يخرج عن الدين المسيحى الى الإلحاد وقد رأينا ان الإلحاد لا يعتد به ولا ينتج اى اثر.

الثانى: ان يعتنق اليهودية ، وفى هذه الحالة تطبق الشريعة الإسلامية لاختلاف الزوجين فى الديانة وتعتبر الشريعة الإسلامية الاديان السماوية غير الاسلام دينا واحدا فتجيز الزواج من البداية واستمراره بين غير المسلمين حتى لو اختلفوا فى الديانة.

الثالث: ان يعتنق الاسلام ، فإذا كان الزوج هو الذى اعتنق الاسلام فان الشريعة الإسلامية هى التى تطبق وهى تجيز ان يتزوج المسلم من كتابية ، وإذا كانت الزوجة هى التى اسلمت فان الشريعة الاسلامية هى التى تطبق ايضا فإذا رفض الزوج المسيحى الاسلام هو الآخر فيفرق بينهما ولا يرجع ذلك الى تطبيق الحالة التى نتناولها فى شريعة الاقباط الارثوذكس ولكن يرجع

---

(٦١٩) راجع تفصيلا احمد سلامة - السابق ص٧٧٤ وما بعدها.
(٦٢٠) راجع - احمد سلامة - السابق ص٧٧٧ وحسام الاهوانى - السابق ص٥٨٨.

لتطبيق الشريعة الإسلامية التى لا تجيز زواج المسلمة بغير مسلم.

ويبدو لنا – خلافا لما قرره الفقه فى هذا الشأن – ان هذا النص يقبل التطبيق فى حالة واحدة هى حالة الإلحاد ، فقد سبق ان رأينا أن الإلحاد لا يترتب عليه اى أثر بشأن تطبيق الشريعة الخاصة ، ويعنى ذلك ان تظل شريعة الأقباط الارثوذكس مطبقة فى حالة إلحاد احد الزوجين ، ولذلك فلا يوجد هنا ما يمنع من القول بان الزوج الذى ألحد يكون قد خرج عن الدين المسيحى فيجوز تطبيق المادة ٥١ من مجموعة ١٩٣٨ ويحكم بالتطليق لهذا السبب.

الحالة الثالثة: سوء السلوك (او ما يسمى بالزنا الحكمى).(٦٢١)

نصت المادة ٥٦ من مجموعة ١٩٣٨ على انه "إذا ساء سلوك احد الزوجين وفسدت اخلاقه وانغمس فى حمأة الرذيلة ولم يجد فى اصلاحه توبيخ الرئيس الدينى ونصائحه فللزوج الآخر ان يطلب الطلاق".

ويتضح من هذا النص انه يشترط للتطليق هنا شرطان:

الاول: سوء السلوك:

والمقصود بسوء السلوك ان يأتى احد الزوجين "افعالا تنطوى على اخلال جسيم بواجب الاخلاص نحو الزوج الآخر دون ان تصل الى حد الزنا"(٦٢٢) ومن ذلك مثلا أن تضبط" الزوجة بعد عشرين يوما من الزواج مع شخص اجنبى فى السينما يجلسان متجاوران"(٦٢٣) او "ما ثبت من الاطلاع

---

(٦٢١) راجع تفصيلا – احمد سلامة – السابق ص٧٧٨ وما بعدها ، حسام الاهوانى – السابق ص٥٨٩ وما بعدها.

(٦٢٢) نقض ٦/ ٦/ ١٩٧٣ فى الطعن رقم ٣ لسنة ٤٢ق – مجموعة س٢٤ ص٨٧٠.

(٦٢٣) "وعللت ذلك بانها قابلته مصادفة امام السينما وكانت تعرفه لانه جارها فى السكن قبل زواجها فاعطته جنيها لكى يقطع لها تذكرة دخول السينما بالنسبة للزحام فقطع لها –

على محضر جنحة اتهم فيها احد الرجال بالاعتداء على الزوج واحداث اصابات به وكانت الزوجة مرافقة لهذا الشخص واثناء ذلك كانت تحرضه على الاجهاز على زوجها وما ورد بتقرير قسم حماية الآداب بوجود علاقة بينها وبين هذا الشخص وما جاء بمذكرة النيابة الادارية من طلب محاكمتها تأديبيا - وابعادها عن تربية النشئ لانها غير امينة عليهم بسبب هذه العلاقة"(٦٢٤) او "ضبط الزوج زوجته مع شخص غير محرم عليها فى حجرة نومها عاريا من ملابسه سوى الداخلية منها .... واقرارات الشهود والجيران وبواب المنزل والتى تفيد جميعها مشاهدتهم الزوجة فى اوضاع توحى بالريبة والشك وتدل على سوء سلوكها وتردد بعض الشباب بمنزلها فى غيبة الزوج ، وترددها هى على .... بمنزله المجاور لمنزلها وسيرها بالطرقات متأبطة ذراع شريكها الذى شاهده البواب ينزل مسرعا من المنزل عقب الحادث"(٦٢٥) أما مجرد تواتر الشائعات عن سلوك الزوجية فلا يعد بذاته سببا من الأسباب التى تسوغ للزوج طلب الطلاق.(٦٢٦)

- تذكرة وجلسا بجوار بعضهما فى السينما ، فهذا التعليل من جانبها لاتطمئن اليه المحكمة ، لان هذا التصرف من الزوجة فيه اخلال بواجباتها يتنافى مع الاخلاق والامانة الواجب ان يسودا رباط الزوجية" حكم محكمة القاهرة الابتدائية فى ١٩٥٨/٤/٦ فى القضية رقم ٨٠٢ لسنة ١٩٥٧ - خفاجي وجمعه ص٦٤.

(٦٢٤) نقض ٣٠/ ١٢/ ١٩٨٠ فى الطعن رقم ٤ لسنة ٤٨ق - مجموعة س٣١ ص٢١٨٣.

(٦٢٥) نقض ٦/ ٦/ ١٩٧٣ السابق الاشارة إليه.

(٦٢٦) راجع حكم محكمة استئناف القاهرة فى ١٩٥٧/١/٢٣ فى القضية رقم ١٧٠ لسنة ٧٣ق - خفاجى وجمعة ص٦٠ وقد قضت محكمة النقض بان "تقدير سوء السلوك ودواعى تلك الفرقة من مسائل الواقع التى يستقل قاضى الموضوع ببحث دلائلها والموازنة بينها وترجيح ما يطمئن اليه منها واستخلاص ما يقتنع به مادام يقيم حكمه على اسباب سائغة من شأنها ان تؤدى الى النتيجة التى ينتهى اليها" نقض ١٣/ ١١/ ١٩٨٤ فى الطعن رقم ٧٧ لسنة ٥٣ق مجموعة س٣٥ ص١٨٣٦.

والثانى: التكرار او الاعتياد:

وذلك لانه هو الذى يدل على انغماس الزوج فى حمأة الرذيلة ولاعطاء الفرصة له للعودة للسلوك القويم إذا ارتكب الخطأ مرة واحدة.(٦٢٧)

اما عن اشتراط سبق توبيخ الرئيس الدينى للزوج سئ السلوك ومحاولته اصلاحه وعدم جدوى ذلك ، فقد قضت محكمة النقض انه "لا محل لاشتراط توبيخ الرئيس الدينى مادام قد ثبت اعتياد الزوج على السلوك السئ"(٦٢٨) ، إذ هذا التوبيخ لايعد شرطا للتطليق بل هو من قبيل الزجر الدينى وليس اجراء قانونيا يقتضيه تطبيق النص".(٦٢٩)

الحالة الرابعة: الاعتداء على الحياة والإيذاء الجسيم:

نصت المادة ٥٥ من مجموعة ١٩٣٨ على انه "إذا اعتدى احد الزوجين على حياة الآخر او اعتاد ايذاءه ايذاء جسيما يعرض صحته للخطر، جاز للزوج المجنى عليه ان يطلب الطلاق" وواضح ما فى هذه الحالة من اخلال بواجب المعاونة والمساعدة وواجب الحماية والمحافظة على كرامة الزوج مما يؤدى لاستحالة قيام حياة زوجية تقوم على التفاهم والمحبة.

---

(٦٢٧) راجع هذا المعنى فى حكم محكمة القاهرة الابتدائية فى ٦/ ٤/ ١٩٥٨ فى القضية رقم ٨٠٢ لسنة ١٩٥٧ - خفاجى وجمعة ص٦٤ ، حيث جاء به "إلا انه نظرا لصغر سن المدعى عليها ولما يمضى على زواجها عشرون يوما ، فقد تكون المدعى عليها قد وقعت فى هذه الرذيلة نتيجة لتحريض ...... لها ، فترى المحكمة اتاحة الفرصة لكى تثبت ان ما حدث منها كان امرا عارضا لن تعود اليه مستقبلا ، خاصة وان الواقعة المنسوبة اليها لاتكشف فى حد ذاتها عن الانغماس فى حمأة الرذيلة الذى بينته المادة ٥٦ سالفة الذكر لتخلف ركن الاعتياد الامر الذى يجعل الاساس القانونى للدعوى غير متوافر ويتعين لذلك رفضها".

(٦٢٨) نقض ٦/ ٦/ ١٩٧٣ السابق الاشارة اليه.

(٦٢٩) نقض ٣٠/ ١٢/ ١٩٨٠ السابق الاشارة إليه.

ومثال الاعتداء على حياة الزوج الشروع فى قتله ، اما إذا لم يصل الاعتداء الى هذا الحد فقد تتوافر الحالة الثانية الواردة بالنص وهى الايذاء الجسيم ، ويقصد به كل ايذاء مادى يصيب جسم الزوج سواء كان بالضرب ام الجرح.(٦٣٠)

ويشترط النص فى هذا الايذاء الجسيم شرطين هما:

١- الاعتياد: اى تكرار الاعتداء.

٢- ان يؤدى تكرار الاعتداء الى تعريض صحة الزوج الآخر للخطر فلا تكفى الافعال البسيطة التى لا يتوافر فيها هذا الوصف.

الحالة الخامسة: اساءة المعاشرة المؤدى لاستحكام النفور:(٦٣١)

نصت المادة ٥٧ من مجموعة ١٩٣٨ على انه "يجوز ايضا طلب الطلاق إذا اساء احد الزوجين معاشرة الآخر أو أخل بواجباته نحوه اخلالا جسيما مما ادى الى استحكام النفور بينهما وانتهى الامر بافتراقهما عن بعضهما واستمرت الفرقة ثلاث سنوات متتالية".

ويشترط للحكم بالطلاق فى هذه الحالة ما يلى:(٦٣٢)

١- اساءة المعاشرة او الاخلال الجسيم بواجبات الزوج تجاه الزوج الآخر:

ومن امثلة ذلك:

(٦٣٠) راجع حسام الاهوانى - السابق ص٥٩٤ ويضيف ان الرأى الغالب فى الفقه يتجه الى ضرورة التسوية بين الايذاء المادى والايذاء المعنوى - ص٥٩٥ ، وراجع ايضا - احمد سلامة السابق ص٧٩١ ، ولكن يبدو لنا ان الايذاء المعنوى يندرج بشكل اوضح تحت نص المادة ٥٧ التى سنتناولها فى الحالة التالية فى المتن.

(٦٣١) راجع تفصيلا - احمد سلامة - السابق ص٧٩٤ وما بعدها ويلاحظ انه يتناول هذه الحالة باعتبارها تطبيقا خاصا للايذاء المعنوى وراجع ايضا - حسام الاهوانى - السابق ص٥٩٧ وما بعدها.

(٦٣٢) راجع تفصيلا - احمد سلامة - السابق ص٧٩٦ وما بعدها.

أ- عدم اعداد الزوج لمسكن الزوجية او اخلاله بالشروط الواجب توافرها فى هذا المسكن.

ب- منع الزوجة من دخول مسكن الزوجية بوضع قفل على بابه للحيلولة بينها وبين الدخول ثم وصفها بانها أقذر انسانة وعدم السماح لها بالدخول وطردها امام رجلين اجنبيين عنها.(٦٣٣)

جـ- اتيان الزوج زوجته في غير موضع الحرث.(٦٣٤)

د- ترك الزوجة مسكن الزوجة دون سبب ظاهر.(٦٣٥)

هـ- هجر الزوجة لمسكن الزوجية منذ عشرين عاما ورفضها العودة اليه رغم محاولات الزوج العديدة للصلح بكافة الوسائل ومنها وساطة رجال الدين.(٦٣٦)

و- قيام الزوجة ببيع ارض مملوكة للزوج واستيلائها وشقيقها على ثمنها وهجرتها للولايات المتحدة ومعها اولادها منه دون ان يعرف احد مكان اقامتها هناك.(٦٣٧)

ز- اعتداء الزوجة على زوجها بالسب والشتم وإمتناعها عن خدمته واخلالها بالالتزام بطاعته.(٦٣٨)

---

(٦٣٣) نقض ٢٤/ ٣/ ١٩٧٦ فى الطعن رقم ١٩ لسنة ٤٤ق مجموعة س٢٧ ص٧٧٠ (خاص بمسلمين).
(٦٣٤) نقض ٣/ ١١/ ١٩٧٦ فى الطعن رقم ١٩ لسنة ٤٥ق مجموعة س٢٧ ص١٥١٦ (خاص بمسلمين).
(٦٣٥) نقض ٢٩/ ٣/ ١٩٩٤ فى الطعن رقم ١٧٤ لسنة ٦٠ق - لم ينشر بعد.
(٦٣٦) نقض ١٤/ ١٢/ ١٩٨١ فى الطعن رقم ٦٨ لسنة ٤٩ق مجموعة س٣٢ ص٢٣٠٩.
(٦٣٧) نقض ١٤/ ٦/ ١٩٩٤ فى الطعن رقم ١٠٦ لسنة ٦٣ق لم ينشر بعد.
(٦٣٨) نقض ٩/ ٤/ ١٩٨٥ فى الطعنين رقمى ٢٧ لسنة ٥١ق ، ٤٦ لسنة ٥٤ق - مجموعة س٣٦ ص٥٧٧.

٢- ان يؤدى ذلك الى الفرقة بين الزوجين:

ويتحقق ذلك إذا ادت الافعال السابقة الى ان "تصبح الحياة الزوجية مستحيلة"(٦٣٩) او "ان تقوم الجفوة بينهما بما يجعل حياتهما المشتركة امرا غير محتمل وبحيث يكون الصدع الواقع مما يصعب علاجه او رأبه".(٦٤٠)

٣- استمرار الفرقة ثلاث سنوات متوالية:

فاستمرار الفرقة هذه المدة الطويلة يعد دليلا امام المحكمة على تعذر الحياة الزوجية ويكفى للقول بان محاولات الاصلاح قد باءت بالفشل ، والنص صريح فى ان المدة يجب ان تكون مستمرة دون انقطاع ، فإذا تم الصلح بين الزوجين وعادا للحياة المشتركة مدة طويلة فان المدة السابقة لا تحتسب إذا حدثت القطيعة من جديد(٦٤١) ويبدأ حساب المدة من تاريخ الفرقة ويجب ان تكتمل قبل رفع الدعوى وليس قبل صدور الحكم ، فيرفض طلب التطليق إذا كانت المدة لم تكتمل الا بعد رفع الدعوى.(٦٤٢)

٤- الا يكون سبب الفرقة راجعا الى طالب التطليق:

وقد تواترت احكام محكمة النقض على ذلك(٦٤٣) "فلا محل لاعمال حكم هذه المادة سالف البيان متى كانت الفرقة او واقعة الهجر المنسوبة لاحد الزوجين مردها الى اخلال الزوج طالب التطليق بواجباته الجوهرية نحوه

---

(٦٣٩) نقض ٢٠/ ٤/ ١٩٩٣ فى الطعن رقم ٥٩ لسنة ٦٠ق - لم ينشر بعد.
(٦٤٠) نقض ١٤/ ٦/ ١٩٩٤ السابق الاشارة إليه.
(٦٤١) راجع حسام الاهوانى - السابق ص٦٠٣ ، ٦٠٤.
(٦٤٢) راجع - حسام الاهوانى - السابق ص٦٠٤.
(٦٤٣) على سبيل المثال: نقض ١٤/ ٢/ ١٩٧٩ فى الطعن رقم ٣٠ لسنة ٤٨ق - مجموعة س٣٠ ص٥٣٥ ، نقض ٥/ ١١/ ١٩٧٥ فى الطعن رقم ١٠ لسنة ٤٣ق مجموعة س٢٦ ص١٣٦٦ ، نقض ١٦/ ٣/ ١٩٩٣ فى الطعن رقم ٥٠ لسنة ٦٠ق - لم ينشر بعد ، نقض ٢٠/ ٤/ ١٩٩٣ فى الطعن رقم ٥٩ لسنة ٦٠ق - لم ينشر بعد ، نقض ١٠/٥/١٩٩٤ فى الطعن رقم ٢٠٤ لسنة ٦٠ ق لم ينشر بعد ، نقض ٢٨/ ٢/ ١٩٩٥ فى الطعن رقم ١٤١ لسنة ٦١ - لم ينشر بعد.

.... ولما كان البين من اقوال شهود الطرفين حسبما اوردها الحكم المطعون فيه ان الطاعنة انما تركت منزل الزوجية ولاذت بالاقامة عند ذويها بسبب عدم قيام المطعون ضده بتهيئة مسكن مستقل لها لانشغال مسكن الزوجية باقامة شقيقه فيه وكان مفاد المادة ١٤٩ من القواعد سالفة البيان – وعلى ما جرى به قضاء هذه المحكمة – انه يتعين على الزوج اعداد المسكن المناسب ومن حق الزوجة التمسك بالاقامة فى مسكن مستقل لايشاركها فيه احد من اقارب زوجها سوى اولاده من غيرها ان وجدوا ، فان الفرقة التى جعلها الحكم المطعون فيه عهدته لم تلجأ اليها الطاعنة إلا نتيجة اخلال الزوج المطعون ضده بواجب من واجبات الزوجية الملقاة على عاتقه".(٦٤٤)

الحالة السادسة: الغيبة:(٦٤٥)

نصت المادة ٥٢ من مجموعة ١٩٣٨ على انه "إذا غاب احد الزوجين خمس سنوات متوالية بحيث لا يعلم مقره ولا تعلم حياته من وفاته وصدر حكم باثبات غيبته جاز للزوج الآخر ان يطلب الطلاق".

ويلاحظ ان غيبة الشخص تتحقق وفقا للمادة ٧٤ من المرسوم بقانون رقم ١١٩ لسنة ١٩٥٢ بشأن الولاية على المال فى حالتين:

الأولى: إذا كان مفقودا لا تعرف حياته من مماته.

الثانية: إذا لم يكن له محل اقامة و لاموطن معلوم او كان له محل اقامة او موطن معلوم خارج جمهورية مصر العربية واستحال عليه ان يتولى شئونه

---

(٦٤٤) نقض ١٠/ ٥/ ١٩٩٤ السابق الاشارة إليه.
(٦٤٥) راجع تفصيلا – احمد سلامة – السابق ص٨٣٣ وما بعدها.

بنفسه أو ان يشرف على من ينيبه فى ادارتها.

ومن مطالعة النص السابق يتصور ان تتحقق فى الشخص صفة الغائب ولكن حياته تكون محققة وهذه الحالة لا تدخل تحت نص المادة ٥٢ من مجموعة ١٩٣٨ التى اشترطت فى الغائب "الا تعلم حياته من وفاته" ولذلك فان المادة ٥٢ تقصد بالغائب ذلك الذى يعد مفقودا فقط فهو الذى لا تعرف حياته من مماته ، وهكذا تفقد المادة ٥٢ أهميتها إذا طبقت بشأن الشخص احكام المفقود وحكم باعتباره ميتا لان ذلك يؤدى لانقضاء علاقة الزوجية بالوفاة الحكمية ، ولا يكون لنص المادة ٥٢ سالفة الذكر اهمية إلا فى حالة واحدة هى "إذا لم تستطع المحكمة ان تغلب احتمال وفاته ورفضت اعتباره ميتا بالرغم من تأكد غيبته فيمكن للمحكمة ان تقضى بالتطليق للغيبة بعد مرور خمس سنوات متتالية"(٦٤٦)

الحالة السابعة: المرض والعجز الجنسى.(٦٤٧)

نصت المادة ٥٤ من مجموعة ١٩٣٨ على انه "إذا اصيب احد الزوجين بجنون مطبق او بمرض معد يخشى منه على سلامة الآخر يجوز للزوج الآخر ان يطلب الطلاق إذا كان قد مضى ثلاث سنوات على الجنون او المرض وثبت انه غير قابل للشفاء. ويجوز ايضا للزوجة ان تطلب الطلاق لاصابة زوجها بمرض العنة إذا مضى على اصابته به ثلاث سنوات وثبت انه غير قابل للشفاء وكانت الزوجة فى سن يخشى فيه عليها من الفتنة".

---

(٦٤٦) حسام الاهوانى – السابق ص٦٠٩.
(٦٤٧) راجع تفصيلا – احمد سلامة – السابق ص٨٠٤ ، حسام الاهوانى – السابق ص٦٠٩ وما بعدها.

ويتناول النص حالات ثلاث للمرض وهى الجنون والمرض المعدى والعجز الجنسى ، ويشترط النص شرطين فى الحالات الثلاث وهما:

١- ان يكون المرض غير قابل للشفاء لانه لو كان قابلا للشفاء فيكون على الزوج الآخر ان يتحمل حتى يشفى زوجه تحقيقا للالتزام بالمعاونة والمساعدة.

٢- ان تمضى ثلاث سنوات على المرض ، وهى مدة معقولة للتضحية من جانب الزوج الأخر ، وقد تكفى للقول بان المرض لا يرجى الشفاء منه.

كما تشترط شروط خاصة فى كل من هذه الحالات:

فيشترط فى الجنون ان يكون مطبقا لا تتخلله فترات افاقة لان الجنون المطبق هو الذى يشكل خطورة اكبر على الزوج الآخر وغالبا ما يكون الجنون غير المطبق قابلا للشفاء ويتصور ان تكون المعيشة المشتركة ممكنة اثناء فترات الافاقة.(٦٤٨)

كما يشترط فى العجز الجنسى ان يسبب ضررا للطرف الآخر ويستفاد ذلك من اشتراط ان تكون الزوجة فى سن يخشى فيه عليها من الفتنة فإذا كانت الزوجة فى سن لا يخشى فيه عليها من الفتنة فلا يجوز التطليق ، ويلاحظ ان النص قد خص بالذكر العنة وهى خاصة بالرجل إلا انه يطبق على جميع حالات العجز الجنسى سواء كان من قبل الزوج او الزوجة على النحو سالف الذكر عند الحديث عن العجز الجنسى باعتباره من حالات بطلان

---

(٦٤٨) راجع - حسام الاهوانى - السابق ص٦١٠ ، ويضيف بعض الفقه العته ايضا بشرط الا يكون معه اى ادراك او تمييز - احمد سلامة - السابق ص٨١٢.

الزواج[٦٤٩] وغنى عن البيان ان العجز الجنسى المقصود هنا هو ذلك الذى يطرأ بعد الزواج اما إذا كان موجودا وقت الزواج فانه يعد سببا لبطلان العقد وليس للتطليق ، كما نشير الى ان العقم لا يعتبر من الامراض التى تجيز التطليق[٦٥٠]

كما يشترط فى المرض المعدى كما هو واضح من تسميته ان يكون قابلا للانتقال للآخرين بالمخالطة ، فإذا لم يكن كذلك فلا يصلح سببا للتطليق ، مهما كانت خطورته على حياة الزوج المريض نفسه ، كما يشترط ان يكون على قدر من الجسامة وهو ما يتضح من عبارة "ان يخشى منه على سلامة الآخر".[٦٥١]

الحالة الثالثة: الحكم بعقوبة مقيدة للحرية:[٦٥٢]

نصت المادة ٥٣ من مجموعة ١٩٣٨ على ان "الحكم على احد الزوجين بعقوبة الاشغال الشاقة او السجن او الحبس لمدة سبع سنوات فاكثر يسوغ للزوج الآخر طلب الطلاق" ويتضح من هذا النص ان الاعتبار الاساسى الذى يجيز التطليق هو طول مدة العقوبة التى تنقطع معها المعيشة المشتركة وليس اعتبار ان الحكم بالادانة يشين الطرف الآخر.[٦٥٣]

---

(٦٤٩) راجع – حسام الاهوانى – السابق ص٦١٢ ، ويرى انه يجوز فى حالة العجز الجنسى التغاضى عن مدة الثلاث سنوات إذا فقدت الاعضاء الغددية اللازمة للاتصال الجنسى حيث لايكون هناك جدوى من الانتظار فلافائدة للعلاج ، ورغم وجاهة هذا الرأى فاننا لا نؤيده لتعارضه مع صراحة نص المادة ٥٤ والتى تشترط مضى ثلاث سنوات على الاصابة بالعجز الجنسى.

(٦٥٠) راجع احمد سلامة – ص٨٢٤ وما بعدها.

(٦٥١) راجع – حسام الاهوانى – السابق ص٦١٤.

(٦٥٢) راجع تفصيلا – احمد سلامة – السابق ص٨٢٧ وما بعدها.

(٦٥٣) راجع فى هذا المعنى – حسام الاهوانى – السابق ص٦٢٠.

ويشترط للحكم بالتطليق لهذا السبب ما يلي:(٦٥٤)

١- ان يكون الحكم بالعقوبة المقيدة للحرية نهائيا.(٦٥٥)

٢- ان يصدر الحكم اثناء الزواج ويستفاد ذلك من عبارة "على احد الزوجين" الواردة بالنص.

٣- الا تقل مدة العقوبة المقيدة للحرية عن سبع سنوات.(٦٥٦)

الحالة التاسعة: الرهبنة:(٦٥٧)

تنص المادة ٥٨ من مجموعة ١٩٣٨ على انه "كذلك يجوز الطلاق إذا ترهبن الزوجان او ترهبن احدهما برضاء الآخر". فالرهبنة تعني الزهد في الدنيا والانقطاع لعبادة الله وهذه المسائل تتعارض مع الزواج ، ويشترط هنا ان يتم فعلا قبول رهبنة الزوج والقيام بالاجراءات والطقوس الدينية اللازمة ، كما يشترط موافقة الزوج الآخر حتى لا ينحل الزواج بإرادة احد الزوجين فقط.(٦٥٨)

---

(٦٥٤) راجع تفصيلا - حسام الاهواني - السابق ص٦٢١ وما بعدها.

(٦٥٥) ويفهم من بعض الفقه ان الحكم يجب ان يكون باتا فيقرر "انه يجب انتظار فوات مدة الطعن بالنقض في الحكم رغم ان هذا الطعن لا يوقف التنفيذ فإذا طعن بالنقض وجب انتظار نتيجة الفصل فيه" - احمد سلامة - السابق ص٨٢٩.

(٦٥٦) ويضيف بعض الفقة ايضا "الحكم بعقوبة الاعدام فلا يلزم احد الزوجين بانتظار تنفيذ حكم الاعدام حتى يتخلص من زيجة مشينة فتنفيذ حكم اعدام في شخص انقطعت الصلة به يخلص الزوج الآخر من عار تنفيذ الاعدام في شريك حياته" حسام الاهواني - السابق ص٦٢٢ ولا نؤيد هذا الرأي لان نص المادة ٥٣ واضح ولا يحتمل اضافة هذه الحالة ، كما ان تعليل هذه الحالة يتناقض مع ما قرره سابقا من ان العلة من نص المادة ٥٣ هو طول مدة العقوبة وليس ان الحكم بالادانة يشين الطرف الآخر - ذات المرجع ص٦٢٠.

(٦٥٧) راجع تفصيلا - احمد سلامة - السابق ص٨٣٩ وما بعدها.

(٦٥٨) راجع في هذا المعنى - احمد سلامة - السابق ص٨٤١ ، حسام الاهواني - السابق ص٦٢٥.

وبعد ان استعرضنا حالات التطليق فى مجموعة ١٩٣٨ نشير بايجاز الى الآثار التى تترتب على الحكم به وفقا لذات المجموعة:

١- يترتب على الطلاق انحلال رابطة الزوجية من تاريخ الحكم النهائى الصادر به ، فتزول حقوق كل من الزوجين وواجباتهما قبل الآخر ولا يرث احدهما الآخر عند موته (م٦٦).

٢- يجوز لكل من الزوجين بعد الحكم بالطلاق ان يتزوج من شخص آخر.(٦٥٩)

٣- يجوز الحكم بنفقة او تعويض لمن حكم له بالطلاق على الزوج الآخر (م٧١).

٤- حضانة الاولاد تكون للزوج الذى صدر حكم الطلاق لمصلحته ما لم يأمر المجلس (المحكمة) بحضانة الاولاد او بعضهم للزوج الآخر او لمن له حق الحضانة بعده ومع ذلك يحتفظ كل من الابوين بحقه فى ملاحظة اولاده وتربيتهم ايا كان الشخص الذى عهد اليه بحضانتهم (م٧٢).

٥- لا يؤثر حكم الطلاق على ما للاولاد من الحقوق قبل والديهم (م٧٣).

---

(٦٥٩) م٦٩ واستطردت المادة "إلا إذا نص الحكم على حرمان احدهما او كليهما من الزواج ، وفى هذه الحالة لا يجوز لمن قضى بحرمانه ان يتزوج الا بتصريح من المجلس" وقد رأينا انه لا يجوز تطبيق هذا الحكم الاخير لتعارضه مع النظام العام فى مصر لتقييده لحرية الزواج.

المبحث الثالث

الانفصال أو التفريق الجسمانى لدى الكاثوليك.[٦٦٠]

المقصود بالتفريق الجسمانى التفرقة بين الزوجين فى المعيشة المشتركة مع بقاء وثاق الزواج ، فإذا كان الزواج يلزم الازواج بالمساكنة والمعيشة المشتركة فإن التفريق الجسمانى يلغى هذا الالتزام فيصبح لكل من الزوجين الحق فى ان يهجر المعيشة المشتركة وبصفة دائمة فى بعض الاحيان ، ولكن الرابطة الزوجية تظل قائمة ولا يجوز ابرام زواج جديد ، وقد يبيح التفريق مدة هدوء للزوجين يعود بعدها الصفاء فهو يستهدف حماية الزواج من الانحلال.[٦٦١]

حالات التفريق الجسمانى:

يستخلص من الارادة الرسولية ان التفريق الجسمانى يجوز فى الحالات التالية:

١- حالة زنا احد الزوجين:[٦٦٢]

فيجوز التفريق الجسمانى فى حالة الزنا إلا فى الحالات التالية:

أ- إذا كان الزنا بموافقة الزوج الآخر او تحريضه.

ب- إذا صفح الزوج الآخر عن الزوج الزانى صراحة او ضمنا ويكون الصفح ضمنا إذا حدثت مخالطة جسدية بعد العلم بزنا الزوج او إذا مضت

---

(٦٦٠) راجع تفصيلا - احمد سلامة - السابق ص٨٤٧ وما بعدها.
(٦٦١) حسام الاهوانى - السابق ص٦٣٥.
(٦٦٢) را ـ - احمد سلامة - السابق ص٨٥١.

ستة اشهر على الزنا دون ان يطرد الزوج البرئ الزوج الزانـى او يهجـره او يرفع عليه دعوى التفريق بسبب الزنا.

جـ- إذا زنا الزوج الآخر ايضا.(٦٦٣)

٢- إذا انتمى احد الزوجين الى بدعة غير كاثوليكية.(٦٦٤)

٣- إذا ربى احد الزوجين الاولاد تربية غير كاثوليكية.

٤- إذا سلك احد الزوجين سلوكا مجرما وشائنا.

٥- إذا وضع احد الزوجين الآخر فى خطر جسيم على النفس او الجسد.

٦- إذا جعـل احـد الزوجيـن المعيشـة المشـتركة صعبـة بسـبب تصرفـه القاسى.(٦٦٥)

كيف يتم الانفصال الجسمانى:

يتم التفريق الجسمانى فى شريعة الكاثوليك بحكم القـاضى (الـذى حل

---

(٦٦٣) اوردت هـذه الاحكـام المـادة ١١٨ مـن الارادة الرسـولية حيـث نصـت علـى "البند ١- إذا زنا احد الزوجين حق للزوج الآخر مع بقاء وثاق الـزواج ان يهجـر المعيشـة المشتركة حتى هجرا دائما ، إلا أن يكون وافق على جرم زوجه او سببه له او صفح عنـه بالتصريح او بالدلالة او اقترف هو نفسه الجرم عينه.

البند ٢- يكون الصفح بالدلالـة إذا عاشـر الـزوج البـرئ الـزوج الآخـر طوعـا وبانعطـاف الزوج الى زوجه بعد ان علم بجرم زناه ويقدر هنا الانعطاف إذا مضت ستة اشـهر علـى حادث الزنا ولم يطرد الزوج الزانى او لم يغادره او لم يرفع شكوى مشروعة عليه".

(٦٦٤) مـع ملاحظـة ان هذا الحكم يتعطـل غالبـا إذ تطبـق الشريعة الإسـلامية فـى حالـة اختلاف الدين او المذهب.

(٦٦٥) نصت على هذه الحالات الخمس المادة ١٢٠ بند١ من الارادة الرسولية فجـاء بهـا "إذا انتمى احد الزوجين الى بدعة غير كاثوليكية او ربى الاولاد تربيـة غيـر كاثوليكيـة او سلك سلوكا مجرما وشائنا او وضـع زوجـه فـى خطـر جسـيم للنفس أو الجسـد ، او جعـل العيشة المشتركة صعبة جدا بسبب تصرفه القاسى ، فهذه وماشـاكلها تكـون للـزوج الآخـر اسبابا مشروعة لمفارقة زوجه بسلطة الرئيس الكنسى المحلى (القاضى) او من تلقـاء نفسـه ايضا إذا ثبت لديه وقوع هذه الاسباب وكان خطر فى الانتظـار" ويستفاد مـن عبـارة "فهـذه وماشاكلها" ان اسباب التفريق الجسمانى واردة على سبيل المثال لا الحصر.

محل الرئيس الكنسي بطبيعة الحال) او من تلقاء نفس الزوج البرئ[٦٦٦] ويستفاد ذلك من نص المادة ١١٩ التى اشارت الى ان الزوج البرئ قد يهجر الزوج الأخر "بحكم القاضى او من تلقاء نفسه وفقا للشرع" ، فإذا هجر الزوج زوجه من تلقاء نفسه فان ذلك يتم على مسئوليته فقد لا يقره القضاء على توافر سبب الانفصال ويعتبر بالتالى مخلا بالتزامه بالمعيشة المشتركة.[٦٦٧]

آثار التفريق الجسمانى:

يترتب على التفريق الجسمانى:

١- توقف المعيشة المشتركة وما يرتبط بها وقد عبرت عن ذلك الارادة الرسولية باستخدامها عنوان "افتراق الزوجين فى المضجع والمائدة والسكنى"، فيجوز لكل منهما ان يتخذ مسكنا مستقلا ، كما يسقط الالتزام بالرعاية والمساعدة ، إلا أن ذلك لا يعنى اعفاء الزوجين من واجب الاخلاص إذ ان رابطة الزواج تظل قائمة فيعد احدهما مرتكبا لجرم الزنا إذا اقام علاقة جنسية مع الغير.

٢- يستمر الالتزام بالنفقة إلا إذا كان التفريق بسبب من الزوجة.

٣- يظل الحق فى الارث قائما ، فقانون المواريث لم يجعل من التفريق الجسمانى سببا للحرمان من الارث.

٤- بالنسبة للحضانة: نصت المادة ١٢١ من الارادة الرسولية على انه: عند الافتراق يجب ان يربى الاولاد لدى الزوج البرئ ، وإذا كان احد الزوجين غير كاثوليكى فلدى الزوج الكاثوليكى ، مالم يأمر الرئيس الكنسى (القاضى) بخلاف ذلك فى كلتا الحالتين لخير البنين انفسهم ، على ان تضمن دوما تربيتهم الكاثوليكية.

---

(٦٦٦) ...بع - احمد سلامة - السابق ص٨٥٤.

انتهاء حالة التفريق الجسمانى:

تفرق الارادة الرسولية بين حالة التفريق بسبب الزنا وغيره من الاسباب:

ففى حالة الزنا:

الاصل ان يكون التفريق الجسمانى مؤبدا وهو ما يستفاد من صدر المادة ١١٩ من الارادة الرسولية حيث جاء به "لا يحتم ابدا على الزوج البرئ، سواء أهجر زوجه الزانى بحكم القاضى ام من تلقاء نفسه وفقا للشرع، ان يرجع فيقبل زوجه الزانى فى المعيشة المشتركة" ، ولكن المادة اجازت فى نهايتها العودة للحياة الزوجية بارادته بقولها "لكنه يستطيع ان يقبله او يستدعيه" ، ولكن لا يجوز العودة للحياة الزوجية إذا كان الزوج المجرم قد ترهبن برضاء الزوج البرئ.(٦٦٨)

أما فى الحالات الاخرى للتفريق الجسمانى:

فتجب العودة للحياة المشتركة عند زوال سبب التفريق ، فإذا كان الانفصال قد حدث من تلقاء نفس الزوج فتنقضى حالة التفريق بعودته للحياة المشتركة من تلقاء نفسه ايضا ، اما إذا تقرر التفريق بحكم القاضى فان حالة التفريق لا تنتهى الا بحكم منه او بانتهاء المدة المحددة فى حكم التفريق.(٦٦٩)

---

(٦٦٧) حسام الاهوانى – السابق ص٦٤٢.

(٦٦٨) عبرت عن ذلك المادة المذكورة بعبارة "مالم يكن الزوج المجرم قد انتحل برضا الزوج البرئ حالة منافية للزواج".

(٦٦٩) راجع المادة ١٢٠ بند١ رقم٢ من الارادة الرسولية.

الفهرس

الموضوع			الصفحة

رقم الإيداع بدار الكتب المصرية ٩٧/٢٨٩٩

الترقيم الدولى .I.S.B.N

977-5237-27-0